

DAS PFANDRECHT AN FAHRNIS
FÜR KÜNFTIGE ODER BEDINGTE
FORDERUNGEN GEMÄSS § 1204
ABSATZ II BGB

Stefan Rüll

1906



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DAS PFANDRECHT AN FAHRNIS
FÜR KÜNFTIGE ODER BEDINGTE FORDERUNGEN
GEMÄSS § 1204 ABSATZ II BGB

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians- Universität
zu München

vorgelegt von
Stefan Rüll

1986

Referent: Prof. Dr. Rimmelspacher

Korreferent: Prof. Dr. Heldrich

Tag der mündlichen Prüfung:

21. Februar 1986

G l i e d e r u n g

Einleitung

A. Die Rechtentstehung

I. Standpunkte der Literatur und Rechtsprechung

zur Frage des Entstehungszeitpunkts	S. 1
1. Ältere Literatur (1900 - 1940)	S. 1
2. Neuere Literatur (ab 1940)	S. 4
3. Rechtsprechung	S. 7

II. Auseinandersetzung mit der herrschenden Meinung

1. § 1204 II als Lockerung der Akzessorietät	S. 9
a) Wortlaut	S. 9
b) Motive zum BGB	S. 10
c) Systematischer Vergleich mit § 1113 II ...	S. 11
aa) Umkehrschluß des BGH	S. 12
bb) Methodische Überprüfung des Umkehrschlusses	S. 12
cc) Unzulässige Schlußfolgerung des BGH ..	S. 15
2. Einfluß des § 1209 auf den Entstehungs- zeitpunkt des Fahrnispfandrechts	S. 16
a) Ansicht des BGH	S. 16
b) Motive zum BGB	S. 17
c) Gemeinrechtliche Kontroverse	S. 18
3. Zusammenfassung	S. 22

III. Interessen und Wertungen

1. Interessenermittlung	S. 23
a) Sicherung einer bestehenden Forderung ...	S. 23
b) Sicherung nichtbestehender Forderung	S. 26
2. Wertungen	S. 30
a) Pfandrecht als akzessorisches Recht	S. 31
b) Pfandrecht als beschränktes dingliches Recht	S. 36
3. Vorgaben für einen Lösungsvorschlag	S. 36a

IV. Rechtsbedingtes Pfandrecht

1. Tatbestand und Rechtswirkung	S. 37
a) Geschäftsbedingung	S. 39
b) Rechtsbedingung	S. 40
c) Abgrenzung von Tatbestand und Wirksamkeitsvoraussetzung	S. 42
2. Entstehen der gesicherten Forderung als Rechtsbedingung des Pfandrechts	S. 45
a) Ansichten von Oertmann und Egert	S. 45
b) Eigene Auffassung	S. 45
aa) Vergleich mit der Hypothek	S. 46
bb) Vergleich mit der Bürgschaft	S. 48
cc) Ergebnis	S. 50
dd) Beifügung der Rechtsbedingung durch Parteien	S. 51
3. Drei-Stufen-Entwicklung des Pfandrechts	S. 52
a) Zwei Stufen nach herrschener Meinung; Kritik	S. 52
b) Dreistufige Entwicklung	S. 53

V. Rechtsposition des künftigen Pfandgläubigers in der Schwebezeit

1. Art der angemessenen Rechtsposition	S. 54
a) Vollrecht	S. 54
b) Kein Recht	S. 57
c) Zwischen Vollrecht und "Nicht-Recht"	S. 58
2. Das persönliche Schuldverhältnis	S. 59
a) Bedingte Forderungen als künftige	S. 59
b) Gruppenbildung	S. 61
aa) bedingte Forderungen	S. 62
bb) künftige Forderungen	S. 64
c) Zusammenfassung	S. 65
3. Das dingliche Verhältnis	S. 65
a) Gebundenheit der Verpfändungsparteien	S. 66
b) Anwendung der §§ 158 ff. analog ?	S. 67
c) Schutz des bedingt Berechtigten	S. 67
aa) geschäftlich bedingter Erwerb	S. 68
bb) rechtlich bedingter Erwerb	S. 70
d) Zusammenfassung	S. 71
e) § 162 analog ?	S. 72
f) Ergebnis	S. 73

4. Absolutheit der Rechtspositionen	S. 75
a) Besitzüberlassung und Rechtsschein	S. 75
b) Gläubiger einer künftigen Forderung	S. 75
c) Gläubiger einer bedingten Forderung	S. 78
d) Fazit	S. 79
 VI. <u>Rechte und Pflichten der Beteiligten</u>	S. 80
1. Der künftige Pfandgläubiger	S. 81
a) Verwahrungspflicht	S. 81
b) Notverkaufsrecht	S. 82
c) Nutzungsrecht	S. 82
d) Abwehr- und Herausgabeansprüche	S. 83
aa) Gläubiger einer bedingten Forderung	
bb) Gläubiger einer künftigen Forderung	
cc) Beiden Positionen gemeinsame	
Befugnisse	S. 83
2. Der Verpfänder	S. 84
a) Aufwendungsersatz	
b) § 1217 analog	
c) Rückgabeanspruch nach Ausbleiben des	
Sicherungsfalles	S. 84
aa) Lösung nach herrschender Meinung	S. 84
bb) Lösung nach hier vertretener Ansicht .	S. 85
cc) Unterschied und Vorteil	S. 86
 VII. <u>Der Rang des künftigen Pfandrechts</u>	S. 88
1. Dogmatische Einordnung des § 1209	S. 88
a) Grundsatz oder Ausnahme	S. 88
aa) Vergleich mit Vorauszession	S. 89
bb) Vergleich mit Hypothek	S. 89
cc) § 185 II 2	S. 91
dd) § 184 II	S. 91
b) Wesen des Ranges	S. 92
c) Parallele zwischen Priorität und	
Publizität	S. 93
d) Zusammenfassung	S. 94
2. Geltung des § 1209 für alle Arten	
künftiger Forderungen	S. 95
a) Ansicht von Oertmann	S. 95
b) Ansicht von Eccius	S. 95
c) Ansicht des Reichsgerichts	S. 96
d) Wortlaut und Interessengründe	S. 96
e) Ergebnis	S. 98

B. Die Rechtsübertragung - und verpfändung

I. <u>Zession der pfandgesicherten Forderung</u>	S. 99
1. Rechtsentstehung nach herrschender Meinung ...	S. 99
2. Rechtsentstehung nach hier vertretener Ansicht	S.100
3. Direkterwerb oder Durchgangserwerb	S.100
II. <u>Verpfändung der pfandgesicherten Forderung</u>	S.101

C. Das künftige Pfandrecht in der Zwangsvollstreckung

I. <u>Einzelzwangsvollstreckung</u>	S.102
1. Vollstreckung von Drittgläubigern gegen	
a) den Schuldner	
b) den Verpfänder und/oder Eigentümer	S.103
2. Vollstreckung gegen den Vertragspfand- gläubiger	S.105
a) Sachpfändung	S.105
b) "Pfandrechts"-Pfändung	S.106
II. <u>Konkurs</u>	S.108
1. Absonderungsrecht	S.108
Behandlung rechtsbedingten Erwerbs im Konkurs	
a) Fahrnispfandrecht	S.110
b) Hypothek	S.112
c) Zession	S.114
d) Zusammenfassung	S.117
e) Vorschlag einer angemessenen Lösung	S.118
aa) Ausgangspunkt § 161 I 2	S.118
bb) § 161 I 2 und Doppelbindung	S.120
cc) Verhältnis von § 161 I zu § 15 KO	S.121
dd) Interessenabwägung	S.124
aaa) Haftungsgegenstand	S.126
bbb) Sicherungsnehmerinteressen	S.127
ccc) Konkursgläubigerinteressen	S.132
(1) Vorzugsstellung aufgrund Verpfändungsakt	S.133
(2) Einschränkung je nach Art der gesicherten Forderung ..	S.134
ee) Konkurs des künftigen Pfandgläubigers.	S.135

f) Gleichbehandlung von Hypothek und Fahrnispfandrecht im Konkurs	S.136
aa) Argumente dafür	S.136
bb) Argumente dagegen	S.136
cc) Ergebnis	S.138
2. Besondere Konkursanfechtung	S.139
a) Maßgeblicher Anfechtungszeitpunkt nach BGH und Reichsgericht	S.139
b) Sicherung einer bedingten Forderung	S.140
aa) Anfechtung nach § 30 Nr.1 Alt.1 KO ...	S.141
bb) Anfechtung nach § 30 Nr.1 Alt.2 bzw. Nr. 2 KO	S.141
cc) Zweck der Anfechtung	S.142
c) Sicherung einer künftigen Forderung	S.144
D. <u>Anwartschaftsrecht und Erwerbsaussicht</u>	S.147
1. Zusammenfassung der Merkmale der Rechtsstellung des Gläubigers einer pfandgesicherten bedingten Forderung	S.147
2. Allgemeine Merkmale von "Anwartschaftsrechten"....	S.147
3. Rechtsstellung des Gläubigers einer künftigen Forderung	S.149
E. <u>Zusammenfassung</u> des Untersuchungsergebnisses	S.151

Literaturverzeichnis

- Adams, Michael Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, 1980
- Bauknecht, Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht, in NJW 1955, 1251 ff.
- Baumbach/Lauterbach/
Albers/Hartmann Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 43. Auflage, 1985
- Baumbach/Duden/Hopt Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 26. Aufl. 1985
- Baur, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts, 12. Neub. Auflage, 1983
- Blanck, Willy Die Rangordnung der Pfandrechte an einer beweglichen Sache nach römischem und heutigem Recht, Diss.iur. Breslau, 1905; zitiert: Rangordnung
- Blomeyer, Arwed Studien zur Bedingungslehre, II. Teil, 1939; zitiert: Bedingungslehre
- Böhle-Stamschräder/
Kilger Kommentar zur Konkursordnung, 14. Auflage, 1983
- Boehmer, Gustav Der Übergang der hypothekarischen Sicherung vom Zwischenkredit auf den Hauptkredit, in ZAKDR 1940, 173 ff., zitiert: Übergang
- ders. Hypothekarische Sicherung des Zwischenkredits, in ZAKDR 1940, 241 ff.; zitiert: Hypothekarische Sicherung
- Bötticher, Eduard Funktionelle und instrumentale Züge des Konkursverfahrens, in ZZP 86, 373 ff.
- Brecht, Arnold Bedingung und Anwartschaft, in AcP 61, 263 ff.
- Brinz, Alois Lehrbuch der Pandekten, 1. und 2. Abteilung, 1857/1860

- Canaris, Claus-Wilhelm: Aktuelle insolvenzrechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs und des Effektenwesens, in Festschrift 100 Jahre Konkursordnung, 1977
- ders. Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. überarb. Auflage, 1983
zitiert: Lückenfeststellung
- ders. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in FS für Werner Flume, 1. Band, 1978, S. 371 ff.
zitiert: Verdinglichung
- ders. Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971
- Demelius, Ernst Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Rechte unter Berücksichtigung des deutschen BGB, 1. Abteilung, 1897
- Denck, Johannes Die Auflassungsvormerkung für den Versprechensempfänger und der Schutz des unbenannten Dritten, in NJW 1984, 1009 ff.
- Dernburg, Heinrich Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs, 5. neub.Auflage, 1894
- ders. Pandekten, 5. verbesserte Auflage, 1896
- Drobnig, Ulrich Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten, Gutachten F für den 51. DJT, in Verhandlungen des 51. DJT, Bd.I, 1976
- Dubischar, Roland u.a. Kommentar zum BGB, Reihe Luchterhand, Alternativkommentare
- Eccius, M.E. Fahrnispfand für künftige Forderungen, in Gruchot's Beiträge 50, S. 500 ff.
zitiert: Fahrnispfand
- Egert, Hans Die Rechtsbedingung im System des bürgerlichen Rechts, 1974
zitiert: Rechtsbedingung

- Eichler, Hermann Institutionen des Sachenrechts, 2. Band,
2. Halbband, 1960
- Eisele, Fridolin Das Dogma von der rückwirkenden Kraft
der erfüllten Suspensivbedingung,
in AcP 50, S. 253 ff.
- Emmerich, Hugo Pfandrechtskonkurrenzen, 1909
- Endemann, Friedrich Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,
8. und 9. Neub. Auflage, Sachenrecht,
1905
- Enneccerus, Ludwig Rechtsgeschäft, Bedingung und
Anfangstermin, 1888,
zitiert: Rechtsgeschäft
- Enneccerus/
Lehmann, Heinrich Recht der Schuldverhältnisse,
15. Bearbeitung, 1958,
zitiert: Schuldverhältnisse
- Enneccerus/Nipperdey,
Hans Carl Allgemeiner Teil des bürgerlichen
Rechts, 1. und 2. Halbband, 1959/1960
- Erman, Walter Handkommentar zum BGB in 2 Bänden,
Band 2, 6. Auflage
- Ertl, Rudolf Rechtsgrundlagen der Vormerkung für
künftige und bedingte Ansprüche, in
Der Deutsche Rechtspfleger 1977, 345 ff.
zitiert: Vormerkung
- Fahrenschon, u.a. Juristische und betriebswirtschaftliche
Erläuterungen zum Arbeitsgemeinschafts-
vertrag der deutschen Bauindustrie,
2. Auflage, 1982
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
II. Band, Das Rechtsgeschäft,
2. überarb. Auflage, 1975
zitiert: Rechtsgeschäft
- Gadow, Die Akzessorietät des Fahrnispfandrechts,
in Jahrbuch der Akademie für Deutsches
Recht, 1938, S. 111 ff.,
zitiert: Fahrnispfandrecht

- | | |
|-------------------------|--|
| Georgiades, Apostolos | Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf, 1963 |
| Gierke, Julius von | Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Neub. Auflage, 1959 |
| Gierke, Otto von | Deutsches Privatrecht, 2. Band, Sachenrecht, 1905 |
| Gutachtliche Äußerungen | zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band III, Äußerungen zum Sachenrecht, herausgegeben von Otto Zeller, Osnabrück, 1967 |
| Hahnzog, Klaus | Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen, Diss. iur. München 1962, zitiert: Rechtsstellung |
| Hartmann, Bernhard | Der ausscheidende Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis, 4. Aufl., 1983 |
| Heck, Philipp | Grundriß des Sachenrechts, 1930 |
| Heitsch, Fritz | Die Verfügungsbeschränkung des § 161 BGB, Diss. iur. Jena 1906 |
| Henckel, Wolfram | Wert und Unwert juristischer Konstruktionen, in Festschrift für Fr. Weber, 1975, S. 252 ff. |
| Hess/Kropshofer | Kommentar zur Konkursordnung, 1982 |
| Hromadka, Wolfgang | Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert, 1971 |
| Ihering, Rudolph | Passive Wirkung der Rechte, in Iherings Jahrbücher 10, S. 387 ff. |
| Jaeger/Henckel/Weber | Kommentar zur Konkursordnung, 9. völlig neu bearb. Aufl., 1980 und Jaeger/Lent, 8. Auflage |
| Jakobs/Schubert | Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, 1978 |

- Johow, Reinhold Vorlage des Redaktors zum Entwurf eines
bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche
Reich, Sachenrecht, 2. Band, 1880,
zitiert: Vorlage
- Kapler, Hermann Begriff und Wesen der *conditio iuris*,
Diss. iur. Berlin, 1889
- Klug, Ulrich Juristische Logik, 4. Auflage, 1982
- Knorr, Klaus Begriff und Rechtsfolgen der
Rechtsbedingung, Diss.iur.Marburg 1978
zitiert: Rechtsbedingung
- Koeppen, Albert Der obligatorische Vertrag unter
Abwesenden, Iherings Jb. 11, S.139 ff.
- Kohler, Josef Pfandrechtliche Forschungen, 1882
- Kretschmar, Ferdinand Das Sachenrecht des bürgerlichen
Gesetzbuches, 1906
- Kunkel, Wolfgang Römische Rechtsgeschichte,
8. Auflage 1978
- Lang/Weidmüller Genossenschaftsgesetz, Kommentar,
31. Auflage 1984
- Lange, Heinrich Sachenrecht, 1967
- Lange, Rudolf Die persönlichen Rechte aus dem
Pfandverhältnis nach römischem und
bürgerlichem Recht, Diss. iur.,
Marburg 1907
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
5. Neubearb. Auflage 1980
- ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
5. Neubearb. Auflage 1983
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1,
12. Auflage 1979 und Band 2, 11. Auflage
1977

- Larenz, Karl Zur Struktur subjektiver Rechte,
in Festschrift für Johannes Sontis,
1977, S. 129 ff.
- Lehmann/Hübner Allgemeiner Teil des BGB,
16. Auflage 1966
- Lempenau, Gerhard Direkterwerb oder Durchgangserwerb
bei Übertragung künftiger Rechte, 1968
zitiert: Direkterwerb
- Lent, Friedrich Die Rechtsstellung des Gläubigers
der Hypothek für eine künftige
Forderung, in ~~W~~AkDR 37, S. 37 ff.,
zitiert: Rechtsstellung
- Leske, Franz Vergleichende Darstellung des BGB für
das Deutsche Reich und des Preußischen
Allgemeinen Landrechts, 1900,
zitiert: PrALR
- Lichtenberger, Peter Die Vormerkung zur Sicherung künftiger
oder bedingter Ansprüche,
in NJW 1977, S. 1755 ff.
- Lübtow, Ulrich von Die Struktur der Pfandrechte und
Reallasten, in FS für Heinrich Lehmann,
I. Band, 1956, S. 328 ff..
- Lücke, Gerhard Auflassungsvormerkung und Heilung
des formnichtigen Kaufvertrags,
in JuS 1971, 341 ff.
- Maenner, Karl Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen
Gesetzbuche, 2. neubearb. Auflage 1906
- Marotzke, Wolfgang Das Anwartschaftsrecht ein Beispiel
sinnvoller Rechtsfortbildung ? , 1977
zitiert: Anwartschaftsrecht
- Materialien zum BGB, III. Band, Sachenrecht, hrsg.
von Mugdan, Berlin 1899
- Materialien, gesammelte zur Konkursordnung, hrsg.
von Hahn, Berlin 1881

Medicus, Dieter	Die Akzessorietät im Zivilrecht, in JuS 1971, 497 ff.
ders.	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 1982
ders.	Bürgerliches Recht, 8. Auflage 1978
ders.	Kreditsicherung durch Verfügung über künftiges Recht, in JuS 1967, 385 ff., zitiert: Kreditsicherung
ders.	Schuldrecht II, Besonderer Teil, 1983
ders.	Vormerkung, Widerspruch und Beschwerde, in AcP 163, S. 1 ff.
Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck	Konkursordnung, Kommentar, 9. Auflage 1979
Meyer/Meulenbergh/Beuthien	Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 12. Auflage 1983
Müller, Klaus	Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 1980
Münchner Kommentar	- -
Oertmann, Paul	Die Rechtsbedingung, 1924
Palandt u.a.	BGB, Kommentar, 44.neubearb. Auflage 1985
Paulus, Gotthard	Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung in AcP 155, S. 277 ff.
Pikart, Heinz	Die Rechtsprechung des BGH zur Anwartschaft, in WPM 1962, 1230 ff. zitiert: Rechtsprechung
Puchta, Georg Friedrich	Cursus der Institutionen, Band 2, 8. Auflage 1875, zitiert: Institutionen

Raape, Leo	Die Wollensbedingung, 1912
Raiser, Ludwig	Dingliche Anwartschaften, 1961
Regelsberger, Ferdinand	Altersvorzug der Pfandrechte, 1858, zitiert: Altersvorzug
Reich, Norbert	Reform der Kreditsicherung, Überlegungen zum Beratungsgegenstand des 51. DJT "Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten" in JZ 1976, 463 ff.,
RGRK	Reichsgerichtsrätekommmentar zum BGB, 11. Auflage, I. Band, 1. Teil, 1959
Reinicke, Dietrich	Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb einer Vormerkung, in NJW 1964, 2373 ff.
Rimmelspacher, Bruno	Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Abtretung einer vorläufigen Eigentümergrundschild (Anmerkung zu BayObLG WPM 1970, 48) in JuS 1971, 14 ff., zitiert: Vormerkung
Serick, Rolf	Eigentumsvorbehalt und Sicherungs- übertragung, Band II und IV, 1965 und 1976, zitiert: Eigentumsvorbehalt
ders.	Die Profilierung der Mobiliarsicherheiten von heute im Konkursrecht von gestern, in Festschrift 100 Jahre Konkursordnung, 1977, zitiert: Mobiliarsicherheiten
Soergel/Siebert	BGB, Kommentar, 11. Auflage 1978
Sohm, Rudolph	Institutionen des römischen Rechts, 4. Auflage 1889
Spindler, Hans-Joachim	Der Rang von Pfandrechten bei Verfügungen des Nichtberechtigten, in MDR 1960, 454 ff.
Scheel, Heinz Adolf	Das Mobiliarpfandrecht an eigener Sache, Diss. iur., Marburg 1934

Schlegelberger/Schröder	HGB, Kommentar, Band II, 5. Auflage 1973
Schmidt, Karsten	Darlehen, Darlehensversprechen und Darlehenskrediteröffnung im Konkurs, in JZ 1976, 756 ff.
Schönke, Adolf	Die Einwirkung der Konkurseröffnung auf Krediteröffnungs- und Kontokorrentverträge, in JW 1934, 2745 ff.
Scholz/Lwowski	Das Recht der Kreditsicherung, 5. neubearb. Auflage. 1980
Schott, H.	Über die accessorische Natur des Pfandrechts, in Iherings Jb. 15, 1 ff.
Staudinger	BGB, Kommentar, Sachenrecht, 12. neubearb. Auflage 1981
Stein/Jonas	ZPO, Kommentar, 19. Auflage 1975 und 20. Auflage 1978/1981
Steinmeyer, Eberhard	Die akzessorischen Schuldverhältnisse des BGB, Diss. iur., Göttingen 1933
Thiele, Wolfgang	Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966
Thomas/Putzo	ZPO, Kommentar, 11. neubearb. Auflage 1981
Tuhr, Andreas von	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. und II. Band, unveränderter Nachdruck 1957
Ullmann, Irene	Zweites Pfandrecht an Fahrnis im früheren und im geltenden Recht, Diss. iur., Freiburg 1935
Ulmer, Peter	Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Systematischer Kommentar der §§ 705 bis 740, München 1980
Vangerow, Karl A. von	Lehrbuch der Pandekten, 7. Auflage 1875

Walsmann, H.	Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung, in Iherings Jb. 54, S. 197 ff.
Weber, Hans-Jörg	Sicherungsgeschäfte, 2. Auflage 1977
Westermann, Harry	Sachenrecht, 5. Auflage 1966
Wieczorek/Rössler/Schütze	ZPO, Kommentar, 2. Auflage 1981
Windscheid/Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage 1906
Wörbelauer, Herbert	§ 878 BGB und der Konkurs des Grundpfandrechts-Schuldners, in DNotZ 1965, 580 ff.
Wolf, Ernst	Lehrbuch des Sachenrechts, 1971
Wolf, Manfred	Sachenrecht, 5. Auflage 1983
Wolff, Theodor	Das Absonderungsrecht im Konkurse mit besonderer Berücksichtigung des preußischen und gemeinen Rechts, 1892
Würdinger, Hans	Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff, Diss.iur., München 1928
Wunderlich, Georg	Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner, - Ihre rechtliche Stellung beim Fahrnispfand - 1907

Einleitung

Am 26. Januar 1983 entschied der Bundesgerichtshof¹ in Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung in der juristischen Literatur:

" Ein Mobiliarpfandrecht für eine künftige Forderung entsteht schon mit Einigung und Übergabe der Pfandsache und nicht erst mit dem Entstehen der gesicherten Forderung. "

Damit hat der Bundesgerichtshof als Schlußpunkt in einer Kontroverse, die bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts zurückreicht, der Akzessorietät des Pfandrechts letztlich eine Absage erteilt.

Es sind Zweifel angebracht, ob eines der tragenden Prinzipien der rechtlichen Ausgestaltung des Pfandrechts an Fahrnis wirklich aufgegeben werden muß, um einen gerechten Interessenausgleich bei der Sicherung künftiger oder bedingter Forderungen zu schaffen.

Die vorliegende Arbeit hat sich deshalb zum Ziel gesetzt, zunächst den Argumenten von Literatur und Rechtssprechung in der Frage der Pfandrechtsentstehung nachzuspüren, ihre Überzeugungskraft in Vergleichen mit anderen akzessorischen Sicherungsrechten zu erproben, gegebenenfalls Widersprüche aufzudecken.

Danach wird es konstruktive Aufgabe sein, dogmatische und teleologische, an Parteiinteressen ausgerichtete Postulate an Formen der akzessorischen Realsicherung künftiger und bedingter Forderungen in einem eigenen Lösungsvorschlag weitgehend zu harmonisieren.

1 in NJW 1983, 1619 ff. = 1983, 1120 ff. =
JR 1983, 288 ff. = BGHZ 86, 341 ff.

A. Die Rechtsentstehung

Die Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuches vermochte die schon im Gemeinen Recht entfachte Diskussion über den Entstehungszeitpunkt eines Mobiliarpfandrechts zur Sicherung einer bedingten oder künftigen Forderung nicht auf einen Nenner zu führen.

Die Frage, ob das Pfandrecht für eine solche Forderung schon mit dem Bestellungsakt des dinglichen Rechts gemäß § 1205 BGB¹, oder aber erst - infolge seiner akzessorischen Natur - mit dem Entstehen der gesicherten Forderung zu voller Wirksamkeit gelange, ließ offenbar auch das BGB ohne befriedigende, eindeutige Antwort. Denn alsbald nach seinem Inkrafttreten setzte sich die Meinungskontroverse in der rechtswissenschaftlichen Literatur und Rechtsprechung des frühen 20. Jahrhunderts fort.

I. Literatur und Rechtsprechung

1. Ältere Literatur

So behauptet Heinrich Dernburg im Jahre 1901 unter Berufung auf die Pfandrechtsregelung im BGB, daß das Pfandrecht "trotz seiner akzessorischen Natur dem Hauptrechte vorangehen"² könne, allerdings nur dann, wenn die gesicherte Forderung später noch entstehe.

Auch Endemann³ läßt das Pfandrecht schon mit dem Bestellungsakt entstehen, unabhängig von einer eventuell erst später zu begründenden Forderung.

Nach Maenner "kommt das dingliche Recht sofort mit der Bestellung des Pfandrechts zur Entstehung und hat Rang von dem Zeitpunkte der Bestellung ab"⁴.

1 im folgenden genannte §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuches.

2 Sachenrecht, S. 744

3 Sachenrecht, S. 895, Fn. 6

4 Sachenrecht, S. 466

Blanck¹ vertritt die gleiche Auffassung unter Berufung auf römisch-rechtliche Ursprünge² und die positive Entscheidung des Gesetzgebers in § 120⁴ II, wonach auch die "Sicherung einer noch gar nicht vorhandenen oder nur bedingten Forderung"³ zugelassen wird.

Daß die "Datierung des für eine künftige Forderung bestellten Pfandrechts nach der Zeit der Bestellung"⁴ mit dem Akzessorietätsgrundsatz in "klarem Widerspruch"⁵ steht, räumt Philipp Heck im Jahre 1930 ein⁶, fügt jedoch hinzu, daß dies "praktischen Bedürfnissen"⁷ entspräche und "in dieser Frage das Leben über das Dogma gesiegt hat"⁸.

Gadow ist im Ergebnis auch der Ansicht, daß das Pfandrecht für bedingte und künftige Forderungen mit dem Beststellungsakt vollwirksam entsteht.⁹

Er teilt zwar die "großzügige Unbekümmertheit"¹⁰ Hecks im Umgang mit der Dogmatik nicht. Vielmehr hält er grundsätzlich am "Anlehndogma" als einem vom Gesetz klar ausgesprochenen Grundsatz¹¹ fest, läßt jedoch Einschränkungen der Akzessorietät aus Gründen der vorrangigen Interessen des Pfandgläubigers an einer konkursfesten Sicherung zu¹².

1 Rangordnung, S. 35 ff.

2 vgl. Papinian in l 1 pr.Dig.qui pot. 20,4

3 Rangordnung, S. 38

4 Heck, Sachenrecht, S. 418

5 Heck, Sachenrecht, S. 418

6 er selbst ist jedoch ein heftiger Gegner des Akzessorietäts- "Dogmas", das er als Ausfluß reiner Begriffsjurisprudenz ablehnt.

7 Heck, Sachenrecht, S. 418

8 Heck, Sachenrecht, S. 418

9 Fahrnispfandrecht, S. 116

10 so Raiser, Anwartschaften, S. 45, der mit diesem Ausdruck die Abkehr Hecks von der Dogmatik und dessen uneingeschränkte Hinwendung zur Interessensjurisprudenz bezeichnet.

11 Fahrnispfandrecht, S. 116

12 Fahrnispfandrecht, S. 115

Die Gegenansicht nun, daß die Entstehung eines vollwirksamen Pfandrechts von der Entstehung der gesicherten Forderung abhängt, stützt sich auf bedeutende Juristen wie Otto von Gierke, Andreas von Tuhr, Hugo Emmerich und Bernhard Windscheid, der bereits als Mitglied der 1. Kommission am I. Entwurf des BGB von 1887 maßgebend beteiligt war, sowie den Berliner Professor Kipp.

Aus der Möglichkeit, gemäß § 120⁴ II ein Pfandrecht auch für bedingte oder künftige Forderungen zu bestellen, leitet von Gierke ab, daß das Pfandrecht "dann zunächst nur als ein bedingtes Recht entsteht", das "unvollkommen (sei), da es kein Befriedigungsrecht gewährt". Durch den Bestellungsakt treten jedoch "die Rechte und Pflichten aus dem Pfandbesitz"¹ ein.

Dieser Auffassung folgend versagt auch Andreas von Tuhr² dem "Pfandrecht für künftige oder bedingte Schuld" die Eigenschaft eines "präsenten" Pfandrechts. Für ihn liegt, solange die gesicherte Forderung nicht besteht, nur eine "Anwartschaft auf ein Pfandrecht" auf Seiten des Sicherungsnehmers vor. Das endgültige, vollwirksame Pfandrecht steht nach Ansicht von Tuhrs unter der Rechtsbedingung der Entstehung der gesicherten Forderung.

Kipp³ nimmt an, daß das BGB "das für eine künftige Forderung bestellte Pfandrecht als ein bereits existierendes" ansieht und ihm "Rang vom Tage der Bestellung" gibt. Es wird sich aber - so Kipp - nicht leugnen lassen, daß dieses Pfandrecht "einstweilen nur unvollkommen existiert", d.h., ein "präsenes Befriedigungsrecht" vor Entstehen der Forderung nicht gewährt. Das durch den Verpfändungsakt begründete Rechtsverhältnis bestimme sich allerdings " schon jetzt nach Pfandgrundsätzen"⁴.

1 Sachenrecht, § 170 II 2, S. 972, Fn. 11

2 Bürgerliches Recht, § 80, Fn. 87

3 in Fortführung der von Windscheid vor Inkrafttreten des BGB vertretenen Auffassung, daß die Verpfändung einer Sache für eine künftige Forderung zwar nicht ungültig sei, ein Pfandrecht aber erst mit der Forderung entstehe.

4 Windscheid/Kipp, Pandekten, S. 113⁴, im Jahre 1906

Für Emmerich¹ setzt § 1209 eine Ausnahme von der akzessorischen Natur des Pfandrechts fest, sodaß er folgert: "Eine Forderung liegt noch nicht vor, ein Pfandrecht wird, wenigstens später, nach Begründung der Forderung, als schon damals bestehend angenommen."²

2. Neuere Literatur

Julius von Gierke bricht mit der Familientradition und geht in seinem Lehrbuch beim Pfandrecht für künftige und bedingte Forderungen von einem "gegenwärtigen Pfandrecht" aus, "dem nur das Verwertungsrecht fehlt"³, solange die gesicherte Forderung nicht entstanden ist.

Auch die heute wohl herrschende Meinung nimmt an, daß das Pfandrecht unabhängig vom Entstehungszeitpunkt der gesicherten Forderung schon mit Einigung und Übergabe einer Sache als Pfand gemäß § 1205 entsteht.⁴

Dies wird zum einen mit dem Argument begründet, es gebe beim Fahrnispfandrecht kein vorübergehend dem Eigentümer zustehendes dingliches Recht an eigener Sache wie bei der Hypothek nach § 1163 I 1, da eine entsprechende Vorschrift in der Regelung des Mobiliarpfandrechts der §§ 1204 ff. fehle⁵; das dingliche Recht sei deshalb bereits ab dem Zeitpunkt des Bestellungsakts dem Pfandgläubiger als Fremdrecht zugeordnet.

Zum anderen habe der Gesetzgeber in § 1204 II bewußt die Akzessorietät des Faustpfandrechts gelockert⁶ bzw.

1 Pfandrechtskonkurrenzen, S. 94 ff., im Jahre 1909

2 Pfandrechtskonkurrenzen, S. 98

3 Sachenrecht, S. 198

4 Baur, Sachenrecht, S. 538; Lange, Sachenrecht, § 57 I 2; Palandt/Bassenge, Anm. 3 b zu § 1204; Soergel/Siebert, Augustin, Rdnr. 24 zu § 1204; Staudinger/Wiegand, Rdnr. 26 zu § 1204; Hansjörg Weber, Sicherungsgeschäfte, S. 57; E. Wolf, Sachenrecht, § 8 B III c.

5 vgl. nur Baur, aaO; Weber, aaO; Staudinger/Wiegand, aaO.

6 so Staudinger/Wiegand, Rdnr. 27 zu § 1204

durchbrochen¹, indem er die Bestellung des Pfandrechts auch für künftige und bedingte, also nicht schon im Zeitpunkt der Pfandrechtsbestellung voll wirksame Forderungen² zuläßt. Die Verpfändung für eine nicht gegenwärtige Forderung sei allerdings nur zulässig, wenn die gesicherte Forderung spätestens im Zeitpunkt ihrer Entstehung bestimmbar ist.³ Ein insoweit zulässig bestelltes Pfandrecht sei sofort wirksam⁴, wenngleich die Verwertung erst mit dem Entstehen der Forderung - abgesehen von dem Erfordernis der Pfandreife nach § 1228 II - möglich sein soll.⁵ Auf diese Argumente wird noch im einzelnen einzugehen sein.

Mehrere Autoren, angefangen bei Kretschmar⁶ im Jahre 1906 über Harry Westermann⁷, Erman-Ronke⁸ bis zu Reich⁹, äußern sich nicht ausdrücklich zur Frage der Pfandrechtsentstehung, sondern beschränken sich auf die Feststellung, daß der Rang des Pfandrechts für künftige oder bedingte Forderungen sich nach dem Zeitpunkt des Bestellungsakts bestimmt. Lediglich Harry Westermann gibt die Ansicht der herrschenden Meinung wieder, wonach "das Pfandrecht (entsteht), ohne als Durchgangsform Zwischenrecht des Eigentümers zu sein, wie das beim Grundpfandrecht der Fall ist."¹⁰

-
- 1 so H. Lange, Sachenrecht, § 57 I 2
 - 2 zur genauen begrifflichen Definition, vgl. unten S.59 ff.
 - 3 h.M. vgl. Larenz, Schuldrecht AT, § 34 III; Palandt/Bassenge, Anm. 3 b zu § 1204 m.w.N.
 - 4 vgl. statt vieler Staudinger/Wiegand, Rdnr. 26 zu § 1204
 - 5 Augustin in Soergel/Siebert, Rdnr. 24 zu § 1204
 - 6 Sachenrecht, 9. Abschnitt, 1. Titel
 - 7 Sachenrecht, S. 640
 - 8 Rdnr. 7 zu § 1204
 - 9 in Alternativkommentare zum BGB, Rdnr. 14 zu § 1204
 - 10 H. Westermann, Sachenrecht, S. 640

In jüngerer und jüngster Zeit nun gewann die Auffassung, daß das Pfandrecht für eine künftige oder bedingte Forderung erst mit dem Entstehen der gesicherten Schuld als vollwirksames Pfandrecht zur Entstehung gelangt, wieder zunehmend an Boden.¹

So läßt die strikte Akzessorietät des Fahrnispfandrechts Kregel im Kommentar der Reichsgerichtsräte "Pfandrechte für künftige, betagte, bedingte und ungewisse Forderungen" nicht als "wirkliche Pfandrechte", sondern als "Rechtsgebilde" ansehen, die "sich zu wirklichen Pfandrechten entwickeln können"².

Nur aus Gründen des Verkehrsbedürfnisses würden diese Rechtsgebilde in der Zeit zwischen dem Bestellungsakt und dem Entstehen der gesicherten Forderung vom Gesetz auch während des "Schwebezustandes als Pfandrechte bezeichnet und behandelt"³.

Solange die gesicherte Forderung nicht existiert, hält Damrau im Münchener Kommentar das bestellte Sicherungsrecht für kein wirkliches Pfandrecht. Es treten nach seiner Ansicht lediglich aus Gründen des Verkehrsbedürfnisses die Pfandrechtswirkungen ein, wie z.B. das Besitzrecht, § 1227, oder die Rangfolge, § 1209.⁴

Gerade die Rangfolgeordnung des § 1209 erscheint Scholz/Lwowski⁵ ein Indiz dafür, daß das Gesetz das Pfandrecht für künftige Forderungen "aus Zweckmäßigkeitsgründen"⁶ schon als Pfandrecht bezeichnet.

Dies ändere aber nichts daran, daß das Pfandrecht kraft der Akzessorietät tatsächlich erst mit dem Entstehen der gesicherten Forderung vollwirksam werde.

1 vgl. Manfred Wolf, Sachenrecht, § 31 II 2 a, sowie im einzelnen die nachfolgenden Autoren

2 RGRK, Anm. 10 zu § 1204

3 RGRK, Anm. 10 zu § 1204; daß diese Auffassung die Rechtslage nicht unbedingt in konstruktiver Weise klärt, kritisiert von Lübtow, Struktur der Pfandrechte, S. 349, zu Recht.

4 MüKo, Rdnr. 22 zu § 1204

5 Kreditsicherung, PS 34, S. 383

6 Kreditsicherung, PS 34, S. 383

Ludwig Raiser¹ schließlich anerkennt, daß zu dem "Doppelakt des rechtsgeschäftlichen Erwerbs dinglicher Rechte" bei der Pfandrechtsbestellung als "dritter Akt" noch die Begründung der gesicherten Forderung hinzutritt. Wo dieser Akt nun zeitlich den beiden anderen nachfolgt, kann nach Ansicht Raisers eine "eigenartige Zwischenstufe" entstehen.

Ohne diesen Gedanken jedoch in seiner Konsequenz weiterzuverfolgen, greift Raiser auf die Vorschrift des § 1204 II zurück und zieht aus der Tatsache, daß das Gesetz auch die Bestellung von Pfandrechten für künftige und bedingte Forderungen erlaubt, den Schluß, daß ein solches Pfandrecht von Anfang an als Vollrecht, nicht bloß als Anwartschaftsrecht des Pfandgläubigers entsteht.

3. Rechtsprechung

Die Stellungnahmen der Rechtsprechung zur vorliegenden Frage sind spärlich.²

In einem Urteil vom 22. Mai 1912³ hatte der V. Zivilsenat des Reichsgerichts über die Frage zu entscheiden, ob das für eine künftige Forderung bestellte Pfandrecht auch dann Vorrang habe vor einem später (für eine bestehende Forderung) begründeten Pfandrecht, wenn die Entstehung dieser Forderung vom Willen des Verpfänders abhing.

Das Reichsgericht bejahte diese Frage mit dem Hinweis auf die eindeutige Regelung des Ranges in § 1209 und gab dieser Vorschrift folgende Bedeutung: "das für eine zukünftige Forderung bestellte Pfandrecht gilt"⁴, wenn die Forderung demnächst zur Entstehung gelangt, als bereits zur Zeit der Pfandbestellung wirksam begründet und geht

1 Anwartschaften, S. 15

2 Nach Inkrafttreten des BGB.

3 in Gruchot's Beiträge 56,995 = Warneyer 1912,Nr. 345

4 Hervorhebung durch Verfasser

daher einem in der Zwischenzeit an dem nämlichen Gegenstand bestellten Pfandrecht im Range vor."¹

Mit Rücksicht auf die Akzessorietät des Fahrnispfandrechts wagte es das Reichsgericht nicht, ohne bestehende Forderung schon ein wirksames Pfandrecht anzunehmen; es wich auf dessen Fiktion aus.²

Erst der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 26. Januar 1983³ ging diesen Schritt und erkannte, daß das Fahrnispfandrecht für eine künftige Forderung sofort mit Einigung und Übergabe des Pfandgegenstandes in der Person des Pfandgläubigers entsteht, die Verwertung des Pfandes für eine künftige Forderung allerdings erst mit dem Entstehen und der Fälligkeit der Forderung möglich ist.⁴

In seiner Begründung des Urteils führt der BGH aus, daß der Gesetzgeber durch die Zulassung der Pfandrechtsbestellung für bedingte und künftige Forderungen in § 1204 Absatz II den Grundsatz der Akzessorietät gelockert habe⁵, sodaß es für die sofortige Pfandrechtsentstehung einer zugrundeliegenden Forderung nicht bedarf.

Aus der Rangfolgenregelung des § 1209 allein ergäbe sich zwar nicht sicher, daß "nach dem Willen des Gesetzgebers das Pfandrecht für künftige Forderungen bereits mit Einigung und Übergabe entstehen soll"⁶; ein entsprechen--der Wille lasse sich jedoch den Motiven zum BGB⁷ entnehmen.

1 Reichsgericht, GruchB 56,995,997

2 und bewegt sich insoweit auf der gleichen Linie wie Emmerich, vgl. oben S. 3, Fn. 4

3 NJW 1983,1619 ff.= NJW 1983,1120 ff.= JR 1983,288 f. = BGHZ 86, 341 ff.

4 so z.B. in NJW 1983,1619,1620

5 der BGH folgt insoweit der h.M., vgl. oben S.4

6 BGH NJW 1983,1619,1620; zu Unrecht beruft sich der BGH allerdings auf die Entscheidung des RG vom 22.5.1912, vgl. Fn.1, da dort die Frage der Entstehung des Pfandrechts gerade nicht in diesem Sinn entschieden wurde. Zur Funktion des § 1209 im einzelnen, vgl. unten S.88 ff.

7 Der BGH zitiert Mot. III, S. 798 ff.

Eine Analogie zur Rechtslage bei der Hypothek für eine künftige Forderung und damit die Annahme eines "Eigentümergepfandrechts" bis zur Valutierung verbiete sich, da das Gesetz ein der Eigentümergrundschild (§ 1163 I 1) vergleichbares Pfandrecht an eigenen Sachen nicht kenne.¹

Eine genaue Prüfung der genannten Argumente wird Gegenstand der nachfolgenden Erörterung sein.

II. Auseinandersetzung mit der herrschenden Meinung

1. § 1204 Absatz 2 BGB als Lockerung des Akzessorietätsgrundsatzes ?

Wie erwähnt, geht der BGH in seiner Entscheidung vom 26.1.1983² davon aus, daß die gesetzliche Zulassung der Bestellung eines Pfandrechts auch für bedingte oder künftige Forderungen in § 1204 II auf eine Lockerung des Akzessorietätsprinzips hinweist, die es gestattet, daß auch die Verpfändung zur Sicherung einer künftigen oder bedingten Forderung mit Einigung und Übergabe der Pfandsache ein vollwirksames Mobiliarpfandrecht hervorbringt, ohne daß es hierbei auf das Bestehen der gesicherten Forderung ankommt.

a) Der Wortlaut der Bestimmung spricht zunächst sicher nicht für eine solche Auslegung: "Das Pfandrecht kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt³ werden."

Daß Rechtsbestellung, d.i. der rechtsgeschäftliche Verfügungstatbestand bei dinglichen Rechten, und vollwirksame Rechtsentstehung nicht notwendig zeitlich zusammen-

1 BGH in NJW 1983,1619,1620

2 vgl. die Nachweise oben S. 8, Fn. 3

3 Hervorhebung durch Verfasser

fallen müssen¹, ist dem BGB wohl bekannt. Als klassisches Beispiel hierfür läßt sich die aufschiebende Bedingung anführen.

Mag auch der Tatbestand des unter einer Bedingung geschlossenen Rechtsgeschäfts, z.B. einer aufschiebend bedingten Übereignung, mit Einigung und Übergabe der Kaufsache abgeschlossen sein, so entsteht vollwirksames Eigentum auf der Käuferseite erst mit dem Eintritt des zur Bedingung erhobenen Ereignisses, hier also z.B. der Kaufpreiszahlung.

Rechtsbestellung und Rechtsentstehung sind zwei rechtlich zu unterscheidende Ereignisse, die zeitlich zusammenfallen können, aber nicht müssen.

Es kann dem BGB-Gesetzgeber nicht einfach unterstellt werden, er habe diesen Unterschied bei der Formulierung des Gesetzestextes außer acht gelassen oder sich verschwommen ausgedrückt.

b) Im Gegenteil. Die Verfasser des BGB hatten sehr klare Vorstellungen über den Regelungsinhalt des § 120⁴ II, wie die Motive² eindeutig erkennen lassen. Dort heißt es: "Bei den auch nicht in Gestalt eines bedingten Rechts schon existierenden Forderungen können aus der accessorischen Natur des Pfandrechts Zweifel entnommen werden, inwieweit für die künftige Forderung eine gewisse Grundlage gegeben sein muß.

Der Entwurf überläßt die Lösung dieser Zweifel der Wissenschaft und Praxis und begnügt sich, indem er lediglich von der Möglichkeit der Sicherung³ durch Pfand redet, mit der mehr negativen Bestimmung, daß es einer schon gegenwärtig bestehenden und ihrem Gegenstande nach bestimmten Forderung nicht bedürfe, damit der dingliche Vertrag gültig⁴ sei."

1 anders noch das Simultanitätsprinzip in der Lehre Iherings, Nachweise bei Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 219 ff., 265 ff.

2 bei Mugdan, S. 445

3 Hervorhebung durch Verfasser

4 Hervorhebung durch Verfasser

Damit ist augenfällig, daß der Gesetzgeber durch § 1204 II keineswegs die Frage der Entstehung des akzessorischen Pfandrechts regeln, sondern "mehr negativ" klarstellen wollte, daß Einigung und Übergabe der Pfandsache als dinglicher Bestellungsakt nicht schon deshalb nichtig seien, weil eine Forderung zu diesem Zeitpunkt noch nicht besteht. Die Lösung der Akzessorietätsproblematik und damit der Frage nach dem Entstehungszeitpunkt des Pfandrechts sollte Wissenschaft und Praxis überantwortet sein.

Mit Rücksicht auf diese eindeutige Aussage der Motive ist es zumindest erstaunlich, daß der BGH gerade unter Bezugnahme auf sie den Willen des Gesetzgebers ableitet, die Frage der Pfandrechtsentstehung durch § 1204 II zu regeln.

Klargestellt ist durch § 1204 II nur, daß der dingliche Bestellungsakt unabhängig vom Bestehen der gesicherten Forderung wirksam ist. Einen Hinweis auf die Lockerung der Akzessorietät bei der Entstehung des Fahrnispfandrechts enthält diese Vorschrift nicht.¹

c) In systematischer Hinsicht entspricht § 1204 II in seinem Wortlaut dem § 1113 II, wonach auch die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt werden kann.

Nach ganz herrschender Auffassung² gelangt diese Hypothek nicht schon mit Einigung und Eintragung des Hypothekars in das Grundbuch, dem Bestellungsakt des

1 aa die h.M., vgl. dazu oben S.4; so sieht z.B. Staudinger/Wiegand, RdNr. 19 zu Vorbem. zu § 1204 f. diese Vorschrift und § 223 als Durchbrechungen der Akzessorietät, da das Pfandrecht trotz der Anspruchsverjährung fortbesteht. Doch (auch) § 223 lockert die Akzessorietät keineswegs, da die gesicherte Forderung nicht mit Eintritt der Verjährung erlischt, sie braucht nur nicht mehr erfüllt zu werden. Forderung und Pfandrecht bestehen fort.

2 so schon RGZ 51,43,44; Staudinger/Scherübl, Anm. 16 b zu § 1163 m.w.N.; Palandt/Bassenge, Anm. 4 d aa zu § 1163; vgl. auch Egert, Rechtsbedingung, S. 43

dinglichen Rechts, sondern erst mit dem Entstehen der gesicherten Forderung zu voller Wirksamkeit.

Lassen sich nun die Regelungen der akzessorischen Hypothek und des gleichfalls akzessorischen Fahrnispfandrechts vergleichen, oder haben die §§ 1113 II und 120⁴ II trotz gleichen Wortlauts unterschiedliche Wirkung ?¹

aa) In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung verweist der BGH in der genannten Entscheidung vom 26. Januar 1983² auf den grundsätzlichen Unterschied zwischen der Rechtslage bei der Pfandrechtsbestellung an beweglichen Sachen und bei Grundpfandrechten. "Ein der Eigentümergrundschild (§ 1163 BGB) vergleichbares Pfandrecht an eigenen Sachen kennt das Gesetz bei Fahrnis nicht"³, deshalb müsse das Faustpfandrecht - anders als die Hypothek - sofort mit dem Bestellungsakt als Fremdrecht in der Person des Pfandgläubigers entstehen, auch wenn die gesicherte Forderung noch nicht existiert.

bb) Der BGH bedient sich in seiner Begründung eines Umkehrschlusses. Er behauptet -abstrakt - : Weil das Gesetz die Rechtsfolge R (nur) an den Tatbestand A geknüpft hat, gilt sie für andere Tatbestände, auch wenn diese A ähnlich sein sollten, nicht.

Soll dieser Schluß logisch richtig und zulässig sein, setzt er zunächst voraus, daß die Rechtsfolge R nach dem Willen des Gesetzgebers oder nach dem Zweck des Gesetzes⁴ ausschließlich für den Tatbestand A gelten soll, für

1 wie Medicus, Bürgerliches Recht, Rdnr. 461, meint.

2 vgl. Nachweise oben S. 8, Fn. 3

3 zB in NJW 1983,1619,1621

4 vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 374

(unter Umständen ähnliche) Tatbestände B, C oder D dagegen nicht.

Wäre die gesetzliche Bestimmung nämlich nicht dahin zu verstehen, die Rechtsfolge solle nur in den von ihr bezeichneten Fällen eintreten, so ließe sich logisch stringent auch nicht mit Hilfe des argumentum e contrario darauf schließen, daß diese Rechtsfolge in anderen, nicht bezeichneten Tatbeständen nicht eintreten soll.¹ Vielmehr wäre dann auch eine Analogie zur getroffenen Regelung möglich.²

Die Frage ist somit zunächst, ob und inwieweit § 1163 I 1 für den dort geregelten Tatbestand des (Noch-)Nichtbestehens der gesicherten Forderung eine als singulär gedachte Rechtsfolge enthält, ob der Wille des Gesetzgebers oder die Teleologie des Gesetzes selbst die Rechtsfigur der (vorläufigen³) Eigentümergrundschild auf die Hypothek beschränkt wissen wollen. Dies wird der Fall sein, wenn die zu vergleichenden Tatbestände so unähnlich sind, daß man nicht zu Recht von einer gewollten Gleichbehandlung ausgehen kann.⁴

Dem Primat der teleologischen Methode⁵ folgend, wird sich die Antwort durch eine sinn- und zweckorientierte Auslegung der Regelung der Eigentümergrundschild geben lassen.

Grund ihrer Schaffung im BGB⁶ war die Suche nach einer wirtschaftlich vernünftigen Lösung des Konflikts, den die Akzessorietät der Hypothek im Hinblick auf Rangverhältnisse heraufbeschwor. Infolge der gesetzlich bestimmten

1 Klug, Juristische Logik, S. 145

2 Canaris, Lückenfeststellung, S. 44

3 ist die gesicherte Forderung noch nicht entstanden, kann aber noch entstehen, hat der Eigentümer nur eine vorläufige Eigentümergrundschild inne, vgl. nur Staudinger/Scherübl, Rdnr. 25 zu § 1163.

4 vgl. Canaris, Lückenfeststellung, S. 45; Larenz, Methodenlehre, S. 359

5 den die überwiegende Meinung anerkennt, vgl. Staudinger/Coing, Einl., Rdnr. 195

6 die Eigentümergrundschild hat ihre Vorläufer im preußischen und mecklenburgischen Recht, vgl. Eichmann, MZK, Bd. 2, S. 16

Abhängigkeit des Sicherungsrechts von der gesicherten Forderung kann es nicht ohne diese existieren. Solange die Forderung nicht bestünde, oder sobald sie getilgt würde, fiel das von ihrem Bestand abhängige Sicherungsrecht mit der erlangten (oder - falls die Forderung noch nicht entstanden ist - ihm zugedachten) Rangstelle weg, und - darin liegt der entscheidende Gesichtspunkt - nachrangige Grundpfandgläubiger rückten auf.

Dies wäre keine gerechte Lösung¹, da die Rangstellen durchaus verschieden bewertet werden: die erste Hypothek ist sicherer, daher auch im Zinssatz billiger als die zweite oder dritte Hypothek. Bei (Nichtbestehen oder) Erlöschen der Forderung erhielten nachrangige Gläubiger zusätzlich zu dem regelmäßig vereinbarten höheren Zinssatz nun auch noch eine bessere, weil sicherere Rangstelle.² Der Ausweg aus diesem Dilemma wurde in der Eigentümergrundschild gesehen. Sie sichert dem Eigentümer den Rang der (nicht valuierten) "Hypothek" und hält diesen für anderweitige Kreditaufnahmen bereit.

Der durch § 1163 I erhaltene Rang ist für den Wert und die wirtschaftliche Attraktivität der Hypothek als Bodenkreditsicherungsmittel von ausschlaggebender Bedeutung.

Dieser Hintergrund gilt für das Fahrnispfandrecht in keiner Weise. Dieses hat keinen eigenen wirtschaftlichen Wert³ bzw. nur einen solchen, der sich mit dem der gesicherten Forderung deckt⁴, mehrfache Belastungen sind

1 vgl. Baur, Sachenrecht, § 36 V 2; Staudinger/Scherübl, Rdnr. 5 zu § 1163

2 vgl. dazu aber Baur, Sachenrecht, § 46 IV mit dem zutreffenden Hinweis, daß über die schon mit Bestellung des Sicherungsrechts für den Fall von dessen Zusammentreffen mit dem Eigentum vereinbarte und durch (Löschungs-)Vormerkung gesicherte Aufhebung dieses Sicherungsrechts gleichwohl ein Nachrücken nachrangiger Gläubiger ermöglicht wird. Zu entsprechenden Verbesserungsvorschlägen vgl. Staudinger/Scherübl, Rdnr. 5 zu § 1163 m.w.N. bzw. den seit 1.1.1978 geltenden § 1179 a.

3 so Harry Westermann, Sachenrecht, S. 635

4 so Andreas von Tuhr, Bürgerliches Recht, S. 231

äußerst selten und Rangfragen deshalb regelmäßig unwesentlich.¹ Für den Gesetzgeber bestand keine Veranlassung, die "Rangproblematik" in gleicher Weise zu lösen wie beim Grundpfandrecht; Rangerhaltung war und ist beim Fahrnispfandrecht kein dringendes gesetzgeberisches Anliegen. Insofern trifft die Annahme des BGH zu, daß das Eigentümerrecht spezifisch auf das Grundpfandrecht zugeschnitten ist.² Soweit er aus dem Fehlen "eines § 1163" in der Regelungssystematik der §§ 1204 ff. folgert, das in dieser Norm angeordnete Institut habe kein Pendant beim Fahrnispfandrecht, ist dem zuzustimmen.

cc) Allerdings überspannt der BGH³ das methodische Mittel des Umkehrschlusses, wenn er über die genannte Folgerung hinaus konkrete Rechtsfolgen für die Erwerberseite ableiten will.⁴

Denn aus der Erkenntnis allein, daß auf Seiten des Rechtsbestellers kein Eigentümerpfandrecht existieren kann, erhellt noch keineswegs, welche positiven Rechtsfolgen sich auf der Rechtserwerberseite für den Fall ergeben, daß die Verpfändung für eine künftige oder eine bedingte Forderung erfolgt.

Die Skala der dabei rechtlich denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten (Vollrecht, Anwartschaftsrecht, bloße

1 Nach den Motiven bei Mugdan, S. 450, ist die "Zulassung einer Rangabtretung mit dinglicher Wirkung wegen der Seltenheit der mehrfachen Belastung des Pfandes nicht Bedürfnis".

2 aa ZB Scheel, Mobiliarpfandrecht, S. 63 m.w.N., v.Lübtow, Struktur der Pfandrechte, S. 348 und Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, S. 27, 31, die meinen, es gäbe ein Eigentümerpfandrecht. Meines Erachtens erteilt der Wortlaut des § 1256 II eine klare Absage an ein solches Recht, da dort das mit dem Eigentum zusammengefallene Pfandrecht nicht realiter fortbesteht, sondern eben nur fiktiv als weiterbestehend gilt: "das Pfandrecht gilt als nicht erloschen." Ablehnend auch gegenüber dem Bestehen eines Eigentümerpfandrechts im alten römischen Recht, Puchta, Institutionen, S. 266

3 und mit ihm die den gleichen Schluß ziehende herrschende Meinung, vgl. oben S. 4

4 vgl. dazu das Beispiel von Larenz, Methodenlehre, S. 375, das Canaris, Lückenfeststellung, S. 46

Anwartschaft oder keinerlei Recht) der Rechtsposition des Sicherungsnehmers für die Zeit zwischen Verpfändung und Forderungsentstehung ist offen und vom Gesetzgeber auch bewußt offen gelassen¹.

Die Erörterung, welche der möglichen Rechtspositionen in dieser Zeit tatsächlich mit Rücksicht auf die Interessen der Beteiligten besteht, bleibt einem späteren Zeitpunkt vorbehalten. An dieser Stelle ging es zunächst nur um die kritische Auseinandersetzung mit jenen Argumenten des BGH und der herrschenden Meinung, die gegen eine Vergleichbarkeit von Grund- und Fahrnispfandrecht in der Frage ihrer Entstehung sprachen.

Ob ein solcher Vergleich zur Ermittlung der Erwerberposition dennoch zulässig oder sogar geboten ist, wird sich zeigen müssen.

Zuvor ist noch auf einen anderen - insoweit letzten - Gesichtspunkt einzugehen, der für die Rechtsprechung des BGH zum Entstehungszeitpunkt des Pfandrechts mitbestimmend war.

2. Einfluß des § 1209 BGB auf den Entstehungszeitpunkt des Fahrnispfandrechts

"Für den Rang des Pfandrechts ist die Zeit der Bestellung auch dann maßgebend, wenn es für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt ist. "

So der Wortlaut der Vorschrift.

a) Der BGH meint, aus ihr lasse sich " nicht sicher entnehmen..., daß nach dem Willen des Gesetzgebers das Pfandrecht für eine künftige Forderung bereits mit

1 vgl. zu diesem Bewußtsein des Gesetzgebers oben S. 10 und 11.

Einigung und Übergabe der verpfändeten Sache entstehen sollte."¹

b) Man wird sogar noch weitergehen müssen als der BGH und feststellen, daß sich sogar mit Sicherheit aus § 1209 ein solcher Wille des Gesetzgebers nicht entnehmen läßt. So sollte diese Bestimmung gar nicht in das Gesetz Eingang finden. Vielmehr war beantragt worden, den im I. Entwurf des BGB vorgesehenen § 1151 (der im Wortlaut dem heutigen § 1209 entsprach) zu streichen, um nicht den Eindruck zu erwecken, daß die Regel des Altersvorzugs "nur für das Pfandrecht und nicht in gleicher Weise für alle übrigen dinglichen Rechte gelte"².

Schließlich wurde § 1151 doch Gesetz. Es "sollte damit einem wegen der accessorischen Natur des Pfandrechts naheliegenden Mißverständnis vorgebeugt werden; denn es könnte einerseits die Datierung³ des Pfandrechts für eine künftige Forderung nach dem Zeitpunkt der Begründung des dinglichen Rechts bestritten werden, wie solches in der gemeinrechtlichen Doktrin auch wirklich geschehen ist, und andererseits könnte die Regel des Altersvorzugs bei dem Pfandrecht geleugnet werden, weil unter Forderungen ein Altersvorzug nicht besteht."⁴

So sei im gemeinen Recht streitig gewesen, "ob nicht mit Rücksicht auf die accessorische Natur des Pfandrechts der Rang⁵ eines für eine zukünftige Forderung bestellten Pfandrechts sich nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Forderung richte; zur Vermeidung von Zweifeln sei es

1 BGH in NJW 1983, 1619, 1620; als Vertreter der Gegenansicht führt der BGH - wie oben S. 8 kurz angedeutet - zu Unrecht das Urteil des Reichsgerichts vom 22.5.1912 an. Denn dort hatte der V.Senat aus § 1209 keineswegs abgeleitet, daß das Pfandrecht infolge seiner Rangbestimmung auch im Zeitpunkt der Bestellung entstehen müsse; vielmehr wich er auf eine Fiktion aus und ließ die Frage des Entstehungszeitpunkts letztlich unbeantwortet.

2 Protokolle bei Mugdan, S. 918

3 gemeint ist der Rang des Pfandrechts

4 Motive bei Mugdan, S. 449

5 Hervorhebung durch Verfasser

angezeigt, diese Streitfrage durch eine positive Bestimmung zu entscheiden."¹

c) Wie sah nun dieser Streit, vor dessen Hintergrund die Beweggründe des Gesetzgebers gesehen werden müssen, im einzelnen aus ?

Das Reichsgericht war in einem Urteil vom 15. Dezember 1885² der Auffassung, "daß ein für eine bloß zukünftige Forderung bestelltes Pfandrecht erst in dem Moment rechtlich wirksam wird, wo die Forderung selbst entsteht, und daß daher das Alter des Pfandrechts erst von dem Augenblick der Entstehung der Forderung zu datieren ist. Es ergibt sich dies unmittelbar aus dem Begriffe des Pfandrechtes als eines zur Sicherung einer Forderung bestellten accessorischen Rechtes."³

Für das Reichsgericht bestimmt sich somit der Rang des Rechts nach dessen Entstehungszeitpunkt, und dieser liegt beim Fahrnispfandrecht infolge seiner akzessorischen Natur nicht vor dem Entstehen der Forderung. Dies führt zwangsläufig zu einer Schwächung der (Pfand-) Gläubigerstellung.

Deshalb fordere es der "Zweck des Pfandgeschäftes, daß der Rang des Pfandrechtes schon von der Verpfändung datire, auch wenn erst nach deren Vollziehung... die Forderung zur Entstehung gelangt ist."⁴ Denn warum, fragt Reinhold Johow, preußischer Obertribunalsrat in seiner Eigenschaft als Redaktor des Sachenrechtsentwurfs des BGB schon im Jahre 1880, solle der Gläubiger die Pfandbestellung nicht gegen Dritte geltend machen dürfen, die zwischenzeitlich ein Recht an der Sache erwerben ?⁵

1 Protokolle bei Mugdan, S. 919

2 RGZ 14, 249 ff.

3 RGZ 14, 249, 250/251; so auch Vangerow, Pandekten, S. 838 und Puchta, Institutionen, Band 2, S. 757 unter Hinweis auf die Quellenstelle: sicut prior es tempore, ita potior es iure.

4 Johow, Vorlage, S. 412

5 Johow, Vorlage, S. 404

Warum also soll der Gläubiger nicht schon aus der Verpfändung der Sache seine Rangstelle herleiten dürfen ?

Über die rechtstechnische Durchführung dieses berechtigten Gläubigeranliegens freilich konnte man sich nicht einigen.

So läßt Heinrich Dernburg Pfandrecht und Rang vom "Augenblicke der Pfandkonvention an datiren"¹. Einen Widerspruch zur Akzessorietät des Pfandrechts sieht er hierbei nicht, da akzessorische Natur des Pfandrechts nichts anderes bedeute, "als daß es nur einer persönlichen Forderung wegen da ist und deren Beendigung nicht überdauert. Im übrigen aber ist das Pfandrecht mit einer besonderen Organisation und mit besonderen Kräften ausgerüstet. Daher hindert nichts, daß es dem Hauptrechte zu dessen besserem Dienste zeitlich vorgeht."² Die zugrundeliegende Forderung soll insoweit keine "Existenzialbedingung des Pfandrechts"³ sein.

Es bedarf durchaus keiner Mystifizierung des Pfandrechts durch die Annahme "besonderer Kräfte", um den Gläubiger hinreichend zu schützen. Dies hatte Regelsberger schon im Jahre 1858 unter Berufung auf das römische Recht dargelegt⁴. So hätten die römischen Juristen bei Ordnung des Rangverhältnisses mehrerer an derselben Sache bestehender Pfandrechte nicht den Begriff des Pfandrechts zum Ausgangspunkt genommen, da es das Pfandrecht als solches noch gar nicht gab; das Recht ging erst aus der Klage des Pfandgläubigers hervor.⁵ Vielmehr sei Maßstab

1 Pandekten, S. 680

2 Pandekten, S. 680

3 wie Schott, Pfandrecht, S. 59, es ausdrückt

4 in seiner Monographie "Vom Altersvorzug der Pfandrechte"

5 vgl. zur Entstehungsgeschichte des Fahrnispfandrechts unten S. 34, Fn. 1

für den Rang die dingliche Verhaftung der Pfandsache gewesen, die "pignoris obligatio", die rechtlich zwischen dem bloßen Pfandvertrag¹ und dem vollen dinglichen Pfandrecht angesiedelt war und sich - mutatis mutandis - mit dem heutigen dinglichen Verpfändungsakt durch Einigung und Besitzübertragung vergleichen läßt. Eine Sache "obligare" bzw. "obligatio pignoris" bezeichnete insoweit die Herbeiführung des Zustandes der Gebundenheit einer Sache.² An diese Gebundenheit wurde die Rangordnung geknüpft, ohne daß es eines vollwirksamen Pfandrechts bedurfte. Ein volles Pfandrecht "ohne Obligation, ein accessorisches Recht ohne Hauptrecht" war für Regelsberger eine "juristische Unmöglichkeit"³.

Ebenso für Ihering. Zwar anerkannte auch er das Bedürfnis, den Gläubiger vor einer unbilligen Beeinträchtigung seiner Position zu schützen. Dies jedoch durch Gewährung eines mit der Pfandbestellung voll wirksam entstehenden Pfandrechts zu tun, hieß für Ihering "weit über das Ziel hinausschießen, ... denn es handelt sich in unserem Verhältnis nicht um die positiven Befugnisse, welche das Pfandrecht gewährt: Recht des Verkaufs, actio hypothecaria..., sondern lediglich um etwas Negatives: um Abwehr einer Gefahr für das künftige Pfandrecht."⁴ Vielmehr sei der "richtige Weg zum Ziel... ein ungleich einfacherer und vom römischen Recht wohl erkannt."⁵ Es muß dem

1 d.i. der Verpfändungsakt des späteren römischen Rechts, bei dem es nur der Pfandabrede bedurfte, nicht auch schon der Besitzübertragung, vgl. Sohm, Institutionen, S. 259; "pignoris obligatio" trat erst mit der Besitzverschaffung ein, vgl. Regelsberger, Altersvorzug, S. 14

2 Regelsberger, Altersvorzug, S. 16

3 Altersvorzug, S. 18; vgl. auch die Quellenzitate, aaO. S. 19, zum Nachweis dafür, daß das römische Recht aus der Verpfändung nicht sofort Pfandrecht entspringen ließ und die Rangfrage nach dem Zeitpunkt des Bestellungsakts löste; aa mit Quelleninterpretation z.B. Blanck, Rangordnung, S. 33 ff., Dernburg, Pfandrecht I, S. 518 ff.

4 Ihering, Passive Wirkung der Rechte, S. 483

5 Ihering, Passive Wirkung der Rechte, S. 484 mit dem Hinweis auf röm. Quellen, nach denen der Schutz des Gläubigers an ein "in der Bildung begriffenes Obligationenverhältnis" aaO. S. 485 geknüpft

Verpfänder lediglich unmöglich gemacht werden, "die demnächstige Entstehung des Pfandrechts ... zu gefährden."¹ Dies soll geschehen durch die kraft Verpfändung eintretende "passive Gebundenheit"² der Sache. Aus ihr folgt auch die Rangstelle des künftigen Vollrechts nach dem Zeitpunkt des Bestellungsakts.

Bezüglich des rezipierten römischen Rechts sprach schließlich Koeppen für die Zeit nach der Verpfändung von einer "Pendenz des Rechts: aus dem vollendeten Pfandvertrage entsteht ein unvollendetes Pfandrecht, dessen Perfection von der conditio iuris der künftigen Entstehung der Forderung abhängig ist; deshalb hat dieses Pfandrecht, wenn sich die Bedingung erfüllt, die Priorität vor allen (anderen) Pfandrechten..."³.

Im Grundgedanken war man sich demnach schon vor Inkrafttreten des BGB einig: der Rang eines Pfandrechts muß sich im Interesse von Pfandgläubiger und Verpfänder nach dem Zeitpunkt des dinglichen Bestellungsakts richten. Denn nur so erhielt der Verpfänder die Möglichkeit der "Voraussicherung"⁴, ähnlich derjenigen, die über das Institut der Eigentümergrundschild erreicht wird.

Ob zu diesem Zweck ein vollgültiges Pfandrecht erforderlich ist oder nicht, blieb freilich kontrovers.

1 Ihering, Passive Wirkung der Rechte, S. 484

2 Ihering stellt ihr die aktive Seite des Rechts gegenüber. Erst wenn aktive und passive Seite vorliegen, soll das Recht vollwirksam entstanden sein. Der Eintritt der passiven Seite, der Gebundenheit der Sache, ist nur Vorstadium des künftigen Rechts; aa Dernburg, Pandekten, S.681, der fragt, ob dingliche Gebundenheit denn etwas anderes sein solle als eben Pfandrecht. Dazu, daß in der Tat dingliche Gebundenheit nicht schon Pfandrecht erzeugt, vgl. unten S.65/66 bzw. S. 71

3 Vertrag, S. 257, wobei Koeppen dem Eintritt der Rechtsbedingung rückwirkende Kraft beimißt.

4 so Staudinger/Wiegand, Rdnr. 6 zu § 1209, denn unter mehreren Pfandrechten gilt der Grundsatz der beweglichen Rangordnung: Fällt ein Pfandrecht weg, rücken die nachfolgenden Rechte auf. Durch die Rangwahrung nach der Pfandbestellung ergibt sich eine Voraussicherungswirkung zugunsten des (künftigen)

Hätte der Gesetzgeber diese Streitfrage im einen oder anderen Sinne positiv entscheiden wollen, wäre ihm hierfür die Gelegenheit zu einer klaren gesetzlichen Bestimmung geboten gewesen, wie sie zum Beispiel das sächsische bürgerliche Recht in § 471 enthielt.¹

Er hat jedoch von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht, sondern sich auf die abschließende Regelung der Rangfrage beschränkt: Das Pfandrecht hat Rang nach dem Zeitpunkt seiner Bestellung, selbst wenn die gesicherte Forderung erst später entstehen sollte.

Vor diesem Hintergrund der gesetzgeberischen Motivation läßt sich aus § 1209 mit Sicherheit nicht die positive Aussage erkennen, daß das Pfandrecht für eine künftige oder bedingte Forderung bereits mit der Verpfändung vollwirksam entstehen soll.

Diese Frage ist nach wie vor offen.

3. Zusammenfassung

Die Untersuchung der Argumente der herrschenden Meinung hat gezeigt, daß keines davon überzeugend und geeignet ist, der "Entstehungsakzessorietät"² des Fahrnispfandrechts eine kategorische Absage zu erteilen.³ Es besteht dabei die Gefahr, daß der Pfandgläubiger zum Nachteil des Sacheigentümers entgegen einer im Akzessorietätsprinzip ausgedrückten Wertung und in Widerspruch zum Wesen des Pfandrechts vorzeitig ein volles Sicherungsrecht erhält, ohne daß es überhaupt schon "etwas", d.h. eine Forderung zu sichern gibt.

1 § 471 lautet: Das Faustpfand beginnt mit der Übergabe des Pfandes an den Pfandgläubiger, wenn die zu sichernde Forderung bereits entstanden ist. Bei künftigen Forderungen beginnt, der früher geschehenen Übergabe des Pfandes ungeachtet, das Pfandrecht erst mit dem Eintritt der Wirksamkeit der Forderung.

2 Ausdruck von Medicus, Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971, 497, 498

3 Lempenau, Direkterwerb, S. 49 bemerkt zu Recht, man werde kaum behaupten können, daß sich das Gesetz für diese zu Ungereimtheiten führende Lösung entschieden hat.

Auf der anderen Seite darf man nicht der Versuchung erliegen, den Grundsatz der Akzessorietät zum Selbstzweck zu erheben und dabei berechnete Sicherungs- und Befriedigungsinteressen des Pfandgläubigers in unangemessener Weise zu vernachlässigen.

Es wird somit Aufgabe der nachfolgenden Erörterung sein, einen interessegerechten Lösungsvorschlag unter weitestgehender Aufrechterhaltung dogmatischer Prinzipien zu erarbeiten.

III. Interessen und Wertungen

Als Ausgangspunkt soll dabei eine Analyse der wechselseitigen Interessen der am Sicherungsgeschäft Beteiligten dienen. Daran anschließend werden die Wertungen zu untersuchen sein, die das BGB mit der inhaltlichen Ausgestaltung des Fahrnispfandrechts als akzessorisches, beschränktes dingliches Recht mit Rücksicht auf die widerstreitenden Interessen von Pfandeaner und Pfandgläubiger selbst setzt. Die dabei sich ergebenden Erkenntnisse **bilden** die Grundlage für die spätere Erörterung eines rechtstechnischen Lösungsvorschlags.

1. Interessenermittlung

Es gilt zunächst festzustellen, welche Interessen der am Sicherungsgeschäft beteiligten Personen sich zu gegenseitiger Rücksichtnahme gegenüberstehen.

a) Wird eine bewegliche Sache zur Sicherung einer bestehenden Forderung verpfändet, liegt der "Normalfall" einer Realsicherung vor: das Sicherungsrecht verstärkt eine gegenwärtige Gläubigerposition, indem es ihm das sachliche Äquivalent zur bestehenden Forderung in Form von Sache und Sachwert zur späteren Inanspruchnahme

bindend zuordnet.

Die Interessenlage ist dabei eindeutig.

Der Gläubiger will effektive Sachsicherheit, die ihm bei Eintritt der Pfandreife unabhängig von weiterem Zutun des persönlichen Schuldners die Befriedigung seiner Forderung ermöglicht.

Bei genauer Betrachtung verfolgt der Gläubiger dabei drei zu unterscheidende, unmittelbar miteinander verknüpfte Ziele:

Zunächst geht es ihm darum, die Pfandsache in Gewahrsam zu nehmen. Die tatsächliche Herrschaft über den Pfandgegenstand unter Ausschluß Dritter soll ihm die Erhaltung der Substanz des Pfandes für spätere Befriedigungszwecke sichern, soll die verpfändete Sache insbesondere vor Verschlechterungen, Beschädigungen oder unbefugten Einwirkungen Dritter bewahren. Als erstes Ziel des Gläubigers läßt sich das Bestreben erkennen, die Pfandsache als körperlichen Gegenstand in unbeeinträchtigter Form zu erhalten ("Erhaltungsinteresse").

Diesem Interesse an unmittelbarer Sachherrschaft trägt das Gesetz durch die Ausgestaltung des Mobiliarpfandrechts als Faustpfandrecht Rechnung.

Der bloße Sachbesitz allerdings brächte den Gläubiger zwar faktisch näher an die Sache heran, erlaubte ihm jedoch keinen rechtlichen Zugriff auf den in ihr verkörperten Wert. Gerade der Sachwert aber - nicht die Sache selbst, vgl. § 1229 - ist für die spätere Befriedigung des Gläubigers vorgesehen: die bei Pfandreife fällige Befriedigung geschieht ausschließlich im Wege des Pfandverkaufs, § 1228 I.

Deshalb steht neben dem Wunsch des Gläubigers, die Pfandsache in ihrer körperlichen Integrität als potentielltes Befriedigungsobjekt (werterhaltend) zu konservieren, vor allem sein Interesse, sich den Sachwert in Form einer Wertbelastung rechtlich zu sichern ("Sicherungsinteresse").

Die Belastung des Pfandwertes soll den sachlichen Ausgleich für die gesicherte persönliche Schuld gewähren. Die mit der Wertbelastung verbundene Gefahr des Sachwertverlustes korrespondiert zu dem Vermögensopfer, das der Pfandgläubiger in Gestalt der gesicherten Forderung erbracht hat. Sie garantiert den ungehinderten, erst bei Pfandverkauf und Erlösauskehr eintretenden, endgültigen Wechsel in der Vermögenszugehörigkeit des Pfandwertes zugunsten des Pfandgläubigers.

Auf die Herbeiführung dieses Wechsels ist das dritte in diesem Zusammenhang relevante Interesse des Pfandgläubigers mit dem Ziel der Befriedigung seiner fälligen, nicht (rechtzeitig) bezahlten Forderung gegen den Schuldner, gerichtet ("Befriedigungsinteresse").

Zusammenfassend ergeben sich also drei Interessenstufen:

- das "Erhaltungsinteresse", das auf die Bewahrung der Sachsubstanz gerichtet ist,
- das "Sicherungsinteresse", das auf die Sicherstellung späterer Befriedigung in Form einer Wertbelastung der Pfandsache gerichtet ist,
- das "Befriedigungsinteresse", das auf Verwertung der Pfandsache und Erlösauskehr gerichtet ist.

Die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte der Interessen des Pfandgläubigers bedingen die Möglichkeit - nicht auch die Notwendigkeit - eines Auseinanderfalles der Zeitpunkte, ab denen sie rechtlichen Schutzes bedürfen.

Wird eine bestehende Forderung gesichert, verdienen Erhaltungs- und Sicherungsinteresse des Gläubigers (spätestens) ab dem Zeitpunkt der Pfandbestellung umfassende Rücksichtnahme. Der Gläubiger beansprucht zu Recht Abwehrmöglichkeiten gegen Beeinträchti-

gungen der Sachsicherheit. Er greift zu Recht im Zeitpunkt der Verpfändung auf den Wert der Sache zu, da dieser das sachliche Äquivalent seiner eigenen Vermögenseinbuße darstellt, die er in Gestalt der Forderung gegen den persönlichen Schuldner erleidet. Freilich ist dieser Wertzugriff zunächst nur als Wertbelastung latent vorhanden, er aktualisiert sich mit Eintritt der Pfandreife und realisiert sich schließlich im Pfandverkauf.

Der verpfändende Eigentümer ist daran interessiert, seine Sache, ihren Wert und ihre Nutzungen nicht vor Eintritt der Pfandreife einzubüßen oder Beeinträchtigungen, die über das spezifisch Pfandrechtliche hinausgehen, vermeiden zu können. Diesen Belangen des Sicherungsgebers trägt das Gesetz zum Beispiel in den §§ 1211, 1214, 1217, 1218, 1228 oder 1243 Rechnung.

Über das Gesetz hinausgehender Schutz des Pfandegläubigers gegenüber der großzügigen Rechtsposition des Pfandgläubigers ist nicht vorgesehen. Das entspricht dem Zweck des Sicherungsgeschäfts für eine bestehende Forderung. Der Verpfänder hat für einen bestehenden Anspruch des Gläubigers diesem eine Sache als potentiell Haftungsobjekt zur Verfügung gestellt, die Sicherungs- und Befriedigungsinteressen anerkannt und das typische Risiko des Mobiliarsicherers, das Risiko des Sachverlustes für eine Geldschuld auf sich genommen.

b) Wird die Sache für eine im Zeitpunkt der Verpfändung noch nicht bestehende Forderung¹ dem künftigen Gläubiger überlassen, verschieben sich die oben a) dargestellten Anfangszeitpunkte der Interessen und damit die Anforderungen an die Gestaltung ihres Schutzes.

1 Eine Forderung besteht, d.h. ist wirksam entstanden, wenn alle Entstehungskomponenten erfüllt sind. So ist zum Beispiel eine nach Parteiwillen geschäftlich bedingte Forderung, § 158 I, zwar mit der vertraglichen Bindung begründet, vgl. BGHZ 38, 369, 371/372, volle Wirkung entfaltet sie aber erst mit Eintritt der Bedingung; erst dann ist sie entstanden.

Das Erhaltungsbedürfnis des künftigen Gläubigers (und parallel dazu das Interesse des künftigen Schuldners, sich durch das Angebot einer frühen Sicherheit das wirtschaftliche Wohlwollen des künftigen Gläubigers zu sichern), sein Interesse an der Einräumung der tatsächlichen Sachherrschaft ist im Hinblick auf das Ziel der Substanzerhaltung des Sicherungsobjekts für den künftigen Gläubiger auch bei noch nicht bestehender Forderung anzuerkennen. Das Gesetz läßt eine Voraussicherung in Form der Pfandbestellung für künftige und bedingte Forderungen auch ausdrücklich in § 1204 II zu.

Vor Existenz der gesicherten Forderung besteht allerdings im Grundsatz kein berechtigtes (Sicherungs-) Interesse des bloß künftigen Gläubigers, sich den Sachwert des Pfandgegenstandes schon jetzt in irgendeiner Form, sei es auch nur im Wege einer Wertbelastung, zuzuschreiben. Denn diese Wertbelastung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der gesicherten Forderung. Nur als dingliches Äquivalent für sie soll der Wert der Pfandsache dem Forderungsgläubiger verhaftet sein. Vor dem Bestehen der Forderung hat der "Gläubiger" keine rechtliche Möglichkeit, - gleichviel, ob durch Forderungstilgung oder durch Pfandverwertung - Befriedigung zu verlangen.¹

Es besteht deshalb auch kein Anlaß, Interessen zu schützen, die auf die Verwirklichung eines rechtlich ohnehin nicht durchsetzbaren Vorgangs abzielen. Grundsätzlich verdient das Sicherungsinteresse vor dem Entstehen der pfandgesicherten Forderung keine Rücksichtnahme.

Diese Interessenvorgabe trifft allerdings nur zu, soweit die künftige Gläubigerstellung und

1 Der Unterschied zur Rechtslage vor Pfandreife, § 1228 II, besteht darin, daß dort lediglich die Erfüllbarkeit einer durch Rechtsgeschäft wirksam begründeten Forderung, nicht aber - wie hier - das Entstehen bzw. Begründen der Forderung selbst "aufgeschoben" ist. Die Pfandreife tritt regelmäßig ohne Zutun der Parteien ein, das Begründen der Forderung nie.

damit die Befriedigung aus der Pfandsache ungewiß sind. Hat der künftige Gläubiger das Entstehen der Forderung und somit die Notwendigkeit des späteren Zugriffs auf den Wert der Pfandsache noch völlig in der Hand, so kann er, falls die Pfandsache inzwischen beschädigt oder untergegangen sein sollte, zum Beispiel von einem geplanten Kreditgeschäft Abstand nehmen, oder aber vor der Kreditgewährung neue Sicherheit als Ersatz für die untergegangene verlangen.

Eine Regelung, die nur auf die Erhaltungsinteressen bzgl. der überlassenen Sache Rücksicht nehmen würde, wäre insoweit ausreichend.

Anders dagegen, wenn der künftige Gläubiger im Zeitpunkt der Verpfändung die Entstehung der Forderung nicht mehr beeinflussen kann, d.h. sein künftiges Vermögensopfer zugunsten des Schuldners zum Beispiel in Form eines Kredits vorgezeichnet oder aber in Gestalt von Vorleistungen, die Dienst-, Werk- oder Sachüberlassungsleistungen in der Zeit zwischen Verpfändung und Forderungsentstehung gegenüber dem Schuldner sein können, bereits erbracht ist, sodaß die später entstehende Forderung praktisch nur den wirtschaftlichen Ausgleich einer vorgezogenen Vermögenseinbuße des Gläubigers darstellt. Denn der (künftige) Gläubiger ist in diesen Fällen bei späterer Nichtzahlung durch den Schuldner auf die Verwertung der Realsicherheit angewiesen. Sein Interesse, sich zu gegebener Zeit aus dem Sachwert zu befriedigen, wirkt - wenn auch nicht notwendig in gleichem Umfang wie bei einer vollwirksam bestehenden Forderung - bereits ab dem Zeitpunkt der Verpfändung.

Mit der bloßen Sicherung gegen Sachbeschädigung oder -verlust allein ist dem so betroffenen künftigen Gläubiger nicht geholfen. Vielmehr ist in diesen Fällen das Sicherungsinteresse bereits ab dem Zeit-

punkt der Verpfändung schutzbedürftig. Denn das Befriedigungsrecht des Gläubigers ist in greifbare Nähe gerückt. Soweit er dem Entstehen des Hauptrechts ausgeliefert ist, muß er sich auf den Bestand des Nebenrechts verlassen können, wenn die durch die Verpfändung eingeleitete und von den Parteien gewünschte Sicherung nicht ihren Zweck verfehlen soll.

Schließlich bildet der enge Zusammenhang zwischen dem gesicherten Anspruch und der notfalls dafür haftenden Sicherheit das Wesenskriterium eines Sicherungsgeschäfts. Ohne die Sicherheit bzw. ohne die aussichtsreiche Erwartung ihrer befriedigenden Wirkung wäre das forderungsbegründende Rechtsgeschäft nicht oder zumindest nicht zu den gleichen Bedingungen zustandegekommen. Auch aus kreditpolitischen Erwägungen ist es deshalb angemessen, das Befriedigungsbedürfnis des (künftigen) Gläubigers in den hier geschilderten Fällen bereits ab dem Zeitpunkt der Verpfändung anzuerkennen und vor Beeinträchtigungen zu schützen.

Korrelativ zur erhöhten Rücksichtnahme auf den (künftigen) Gläubiger tritt das berechtigte Interesse des Eigentümers, dem künftigen Pfandgläubiger vor Entstehen der Forderung möglichst wenig Recht an der Pfandsache zuteil werden zu lassen, in den Hintergrund. Soweit der Schuldner später im Rahmen des Forderungsverhältnisses auszugleichende "Vorleistungen" des künftigen Gläubigers in Anspruch nimmt, oder soweit der künftige Gläubiger sich aus Rechtsgründen dem künftigen Entstehen der Forderung nicht mehr entziehen kann, nähert sich das Verhältnis von gesichertem Recht und Sicherungsrecht immer mehr dem oben¹ so bezeichneten "Normalfall" der Realsicherung. Für den Eigentümer bedeutet diese Angleichung einen Schritt näher zur Verwirklichung des typischen Risikos eines Realsicherers. Seine Rechts-

1 vgl. S. 23 ff.

position verschiebt sich in eine dem vollwertigen Pfandrechtsverhältnis weitgehend gleichwertige Lage zugunsten des künftigen Gläubigers.

Jeder Vorschlag zur rechtstechnischen Erfassung und Berücksichtigung der einzelnen Belange der am Sicherungsgeschäft beteiligten Rechtssubjekte wird sich an dieser unterschiedlichen Interessenlage orientieren müssen.

Vor einem Übergang zur konstruktiven Lösung der oben¹ aufgeworfenen Frage nach der inhaltlichen Gestalt der Rechtsstellung des pfandgesicherten Gläubigers einer künftigen oder bedingten Forderung ist jedoch zu untersuchen, welche Wertungen der gesetzlichen Regelung des Pfandrechts an Fahrnis in §§ 1204 ff. zugrundeliegen. Denn diese sind - neben den soeben beschriebenen Parteiinteressen - für jeden Lösungsversuch richtungsweisend.

2. Wertungen

Das BGB hat das Mobiliarpfandrecht als subjektives, beschränktes dingliches, akzessorisches Recht ausgestaltet.

Ohne allgemein auf den "offenen Begriff"² des subjektiven Rechts einzugehen oder den Versuch einer abstrakten Erfassung³ zu unternehmen, ist es für diese Erörterung sinnvoller, sogleich die konkreten Inhaltselemente des Fahrnispfandrechts zu ermitteln. Grundsätzlich läßt sich

1 S. 16

2 so Larenz in Festschrift für Sontis, S. 148

3 vgl. dazu z.B. Enneccerus/Nipperdey, AT, § 72 a II: "Willensmacht" oder Rudolf von Iherings berühmtes "rechtlich geschütztes Interesse", zitiert nach Larenz, AT, § 12 II a.

dabei mit Larenz formulieren: "Was dem Berechtigten zukommt, bildet den Inhalt seines Rechts."¹

Zu Rechtsnatur und Inhalt des Fahrnispfandrechts weichen die Lehrmeinungen zwar allenthalben im Wortlaut, nicht jedoch in der wesentlichen Aussage voneinander ab.²

Sah der BGB - Gesetzgeber in der Pfandrechtsbestellung "die Erlaubnis des Verpfänders zur sofortigen Verwertung des Pfandes im Falle nicht rechtzeitiger Befriedigung des Gläubigers"³, so läßt sich heute nach wohl herrschender Auffassung das Pfandrecht definieren als beschränktes dingliches Recht an einer fremden beweglichen Sache, das zur Sicherung einer Forderung dient und den Gläubiger zur Verwertung des Pfandgegenstandes berechtigt⁴.

a) Daß das Pfandrecht ein akzessorisches Recht ist, bestreitet niemand⁵, obgleich der Begriff der Akzessorietät im BGB nirgends ausdrücklich erwähnt oder ab -

-
- 1 Larenz, AT, § 13 I, so auch A.v.Tuhr, AT § 6 I
 - 2 vgl. Blomeyer, Bedingungslehre, S.173: Recht auf Befriedigung durch Verwertung; J.v.Gierke, Sachenrecht, S.195: Belastung einer beweglichen Sache zur Sicherung einer Forderung in der Weise, daß der Gläubiger aus der Sache Befriedigung suchen kann; Eichler, Institutionen, S. 50: Verwertungsrecht zum Zwecke der Befriedigung wegen einer Forderung; Manfred Wolf, Sachenrecht, Rdnr. 587: Auf Verwertung des Pfandgegenstandes bei Nichtzahlung der Forderung beschränktes Recht; Harry Westermann, Sachenrecht, § 126 I, S.631: Das mit Besitz verbundene dingliche Recht, eine Sache...zu verwerten, um eine Forderung des Pfandgläubigers zu befriedigen; Erman/Ronke, Rdnr. 5, Einl. zu § 1204: Dingliches Herrschaftsrecht am Pfandgegenstand, das als wesentlichen, nicht aber einzigen Inhalt das Verwertungsrecht in sich schließt; Soergel/Augustin, Rdnr. 5, Einl. vor § 1204: dingliches Recht, das zur Sicherung einer Forderung dient und dem Gläubiger das Recht gewährt, sich aus dem Pfand zu befriedigen;
 - 3 Prot. bei Mugdan, S. 930
 - 4 vgl. nur Staudinger/Wiegand, Vorbem. zu §§ 1204 ff. Rdnr. 16, m.w.N.
 - 5 vgl. nur Palandt/Bassenge, Überblick vor § 1204, Anm. 1 b aa

schließlich geregelt ist¹, sondern sich allenfalls aus verschiedenen Gesetzesbestimmungen ableiten läßt, wie zum Beispiel aus §§ 1204 I, 1250, 1252, 1254, 1256. Gleichwohl hat sich eine begriffliche Erfassung akzessorischer Rechte durchgesetzt.

So bezeichnet der BGH das akzessorische Recht als "Hilfsrecht"², Andreas von Tuhr³ nennt es ein Recht, das in gewisser Abhängigkeit zu einem anderen Recht, dem Hauptrecht, steht. Serick⁴ sieht das Wesen eines akzessorischen Rechtes darin, daß es in Entstehen, Fortbestehen und Übertragung streng von einem anderen Recht abhängt. Auch Medicus⁵ spricht von einer einseitigen Abhängigkeit eines Rechts von einem anderen.

Es läßt sich insofern ohne weiteres Akzessorietät mit Abhängigkeit, akzessorisches Recht mit Hilfs- oder Nebenrecht übersetzen. Die gesicherte Forderung bildet das Hauptrecht, das Pfandrecht das von dessen Bestand abhängige Hilfs- oder Nebenrecht.

Akzessorietät und Sicherungszweck

Den Hintergrund der Akzessorietät bildet, wie schon von Tuhr⁶ festgestellt und Medicus⁷ fortgeführt hat, der Zweck des "geführten" Rechts, des Nebenrechts. Das Pfandrecht dient der Verstärkung⁸ der Gläubigerposition insofern, als es diesem Gläubiger das Recht gibt, sich ohne weitere Beteiligung des Forderungsschuldners aus der Pfandsache zu befriedigen.

1 so Steinmayer, aaO.S.34, der sich in seiner Diss. allerdings nur mit akzessorischen Schuldverhältnissen befaßt.

2 zB BGHZ 23,293,299

3 AT, § 13 I

4 Eigentumsvorbehalt, Band II § 19 IV 2 b

5 Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971, S. 497 ff.

6 AT, S. 231

7 Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971, S. 498

8 vgl. A. von Tuhr, AT, S. 230

Besteht die gesicherte Forderung im Zeitpunkt der Verpfändung einer Sache, so ist in der Tat die Position des Gläubigers verstärkt: er kann sich entweder durch Einziehen der fälligen Forderung oder durch berechnigte Verwertung der Pfandsache, insgesamt freilich nur einmal¹ befriedigen.

Doch zum Schutz der Sicherungs- und Befriedigungsbelange des Gläubigers bedurfte es der Akzessorietät nicht. Seinen Interessen wäre sogar besser ohne jede Abhängigkeit des Sicherungsrechts vom gesicherten Recht gedient.

Die enge Verknüpfung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Schuldner/Sicherungsgeber und Gläubiger/Sicherungsnehmer resultiert vielmehr aus der Funktion des Pfandrechts als Sicherungs- und Verwertungsrecht.

Die Belastung und spätere Inanspruchnahme des Sachwertes des Pfandgegenstandes erfolgt ausschließlich im Blick auf eine Forderung. Sie ist niemals Selbstzweck.

Der Pfandeaner soll mit dem verpfändeten Gegenstand aus seinem Vermögen nur soweit in Anspruch genommen werden, wie die Forderung reicht. Dies gilt nicht nur für den Umfang der Haftung, sondern auch für deren generellen Bestand. Die Forderung gibt den Maßstab dafür, was dem Pfandgläubiger zukommt.

Dementsprechend muß sich der Eigentümer dem endgültigen Entzug seiner Sache bzw. ihrer Wertbelastung ohne Bestand des Hauptrechts nicht beugen;

Erlischt die gesicherte Forderung, erlischt auch das Pfandrecht, § 1252, der Pfandgläubiger ist zur Rückgabe der Pfandsache verpflichtet - das Recht des Pfandeaners besteht damit wieder uneingeschränkt.

Steht der Forderung eine dauernde Einrede entgegen, durch die die Geltendmachung des Pfandrechts dauernd ausgeschlossen ist, können Verpfänder, vgl. § 1211, und Eigentümer Rückgabe der Pfandsache verlangen, § 1254 S.2,

1 so auch Medicus, Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971, 497, 498.

mit deren Vollzug das Pfandrecht an der Sache erlischt, § 1253 I 1.

Die deutlichste Bindung des Hilfsrechts an das Hauptrecht normiert § 1250 II: Wird das Pfandrecht ohne die gesicherte Forderung übertragen, erlischt es. Der Sacheigentümer braucht eine Trennung von Forderung und Sicherungsrecht und damit eine Verselbständigung der pfandrechtlichen Wertbelastung nicht hinzunehmen. Denn das Pfandrecht bildet in seiner gesetzlich so vorgesehenen, eingeschränkten Funktion als Hilfsrecht nur den Schatten der Forderung, es lebt ohne eigene Existenzberechtigung, ohne eigene Dynamik.

Die auf das römische Pfandrecht zurückgehende¹ Verknüpfung von Haupt- und Hilfsrecht im Akzessorietätsprinzip beruht auf einer grundsätzlichen Entscheidung zugunsten des Sacheigentümers überall dort, wo der (Sicherungs- und/oder) Befriedigungszweck auf Seiten des Gläubigers mangels Bestand oder Inhaberschaft des Hauptrechts nicht (mehr) gegeben ist.

Die Akzessorietät verfolgt insofern den Schutz des Eigentümers der Pfandsache.

Dieser Schutzgedanke zugunsten des Sicherungsgebers² durch Verkettung von gesichertem und Sicherungsrecht

1 Das aus dem altrömischen "pignus" (das dem Pfandgläubiger lediglich den Sachbesitz einräumte, ohne ihm ein dingliches Recht an der Pfandsache mit entsprechenden Verteidigungsmöglichkeiten gegenüber Dritten zu gewähren) und der "hypotheca" (einem der Zustimmung des Prätors bedürftigen Vertrag, der dem Pfandgläubiger das Recht gab, sich bei Nichterfüllung der Zahlungspflicht des Schuldners durch Herausgabeklage in den Besitz der im Vertrag bezeichneten Sache zu setzen), einem besitzlosen Pfandrecht, vgl. Sohm, Institutionen, S. 256, durch Verschmelzung beider Formen geborene Pfandrecht fand in dieser Form durch die Rezeption in Deutschland Eingang, vgl. Leske, PrALR, S. 576, und wurde, gemischt mit gemeinrechtlichen Elementen (hinsichtlich des Traditions- und Spezialitätsprinzips wurde überwiegend die gemeinrechtliche Rechtsüberlieferung fortgeführt, vgl. O. v. Gierke, Sachenrecht, S. 965 ff.) unser heutiges Pfandrecht.

2 und seiner Gläubiger, z.B. im Konkurs, vgl. dazu unten die konkursrechtlichen Ausführungen, S. 108 ff.

findet sich selbst bei der modernen¹, nicht akzessorischen Form der Realsicherung, der Sicherungsübereignung. Bei dieser auf Sachübergabe verzichtenden Sicherung wird der Sicherungsgeber vor dem Verlust des Sachwerts an den Sicherungsnehmer oder dessen Drittgläubiger vor Entstehen der gesicherten Forderung bzw. nach deren Erlöschen durch die Einrede der Nichtvalutierung, nach Entstehen der Forderung, aber vor deren Fälligkeit durch entsprechende Verbotsklauseln im Sicherungsvertrag geschützt. Der Sicherungsvertrag stellt eine "Quasi- Akzessorietät" her, die letztlich die gleiche Zielsetzung verfolgt wie die gesetzliche Verbindung von Haupt- und Nebenrecht: den Schutz des Sicherungsgebers vor einer Inanspruchnahme seines Vermögens (-gegenstandes) außerhalb des Sicherungsfalles.

Die mit dem Akzessorietätsgrundsatz positivrechtlich niedergelegte prinzipielle Entscheidung zugunsten des Schutzes des Sacheigentümers schließt freilich nicht die Möglichkeit zu einer abweichenden Beurteilung aus, wenn und soweit berechnigte Belange des Gläubigers eine solche erfordern.

Denn es ist nicht gesagt, daß die Akzessorietät in allen Entwicklungs- und Existenzstadien des geführten Rechts gleichermaßen stark ausgeprägt² ist. Sie muß unter Umständen an schutzwürdigen Interessen des (künftigen) Gläubigers ihre Grenze finden.

-
- 1 in modifizierter Form allerdings schon im altröm. Recht bestehende ("fiducia"), vgl. Sohm, Institut. S. 256; Leske, PrALR, S. 576
 - 2 Die von Medicus, JuS 1971, 497 ff., eingeführte Unterscheidung nach "Arten" der Akzessorietät (Akzess. in Entstehung, Umfang, Zuständigkeit, Durchsetzung und Erlöschen) ist mißverständlich. Es handelt sich keineswegs um mehrere Arten im Sinne "einer Klasse von mehreren" Akzessorietäten, sondern um eine Art, um ein einheitliches Prinzip der Abhängigkeit des geführten Rechts vom führenden. Lediglich die Durchführung dieses Prinzips in den einzelnen Rechtsbereichen unterliegt verschiedenen Ausprägungen, Wirkungsstärken. In seinem Lehrbuch des Schuldrechts BT, § 113 III 1 a von 1983 spricht Medicus auch selbst (zutreffender) von Stufen der Akzessorietät.

b) Das Pfandrecht ist ein beschränktes dingliches Recht. Dem Inhaber eines Rechts dieser Kategorie wird eine "inhaltlich und meist auch zeitlich in bestimmter Weise begrenzte Einwirkungsbefugnis"¹ oder Herrschaft² über eine Sache gewährt. Dadurch begibt sich der Eigentümer eines Teils seiner -dem Eigentum entwachsenden - Herrschafts- und Verfügungsbefugnisse zugunsten eines anderen. Wie weit die Verselbständigung der Teilbefugnisse aus dem Eigentum in der Person des "konstitutiven Rechtsnachfolgers"³, des beschränkt dinglich Berechtigten reichen, hängt davon ab, mit welcher Tragweite der Eigentümer diese eingeräumt hat. Jener Umfang orientiert sich wiederum an der Zweckbestimmung des beschränkten dinglichen Rechts. Der Eigentümer wird sich regelmäßig freiwillig nur so weit aus seinem Eigentum und den damit zusammenhängenden Befugnissen "verdrängen"⁴ lassen, wie der Zweck der Rechtsgewährung, nämlich die Sicherung einer Geldforderung⁵, es verlangt. Die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers soll sich um keinen Zoll über die Grenze hinausbewegen, die zur Erhaltung der Funktion des Sicherungsrechts als einer Verstärkung der Gläubigerposition erforderlich ist. Das Ausmaß der Gläubigerstellung und damit die Notwendigkeit ihrer Sicherung aber bestimmt sich nach dem Stand der Forderung. So bleibt die Forderung wiederum Maßstab für die Verdrängung aus der Eigentümerstellung. Das Recht des Sicherungsnehmers soll nur so weit gehen, wie die Forderung reicht. Mit der grundsätzlichen Entschei-

1 Larenz, AT, S. 189

2 Andreas von Tuhr, AT, § 6 I

3 Ausdruck von Larenz für den Fall des derivativen Rechtserwerbs, in dem das neu entstehende Recht durch Aussonderung aus dem Inhalt des Rechts des Vorgängers gebildet wird; dagegen Sontis, Festschrift für K. Larenz, 1973, S. 994

4 vgl. Larenz, AT, § 13 V a

5 und nur eine solche bzw. eine in Geld umwandelbare Forderung kann durch Pfandrecht gesichert werden, vgl. § 1228 II 2.

derung des Gesetzes, dem durch eine bewegliche Sache gesicherten Gläubiger nur ein beschränktes dingliches Recht (und nicht etwa schuldrechtlich gebundenes Eigentum) an dieser zu gewähren und das Verfallpfand zwingend auszuschließen, vgl. § 1229, wird deutlich, daß die Sicherungs- und Befriedigungsfunktion des gewährten Rechts im Sinne einer forderungsäquivalenten Wertzuordnung im Vordergrund steht und eine mehr als diesen Aspekt berücksichtigende Rechtsposition des Gläubigers grundsätzlich nicht vorgesehen ist.

Der zu erarbeitende Lösungsvorschlag wird dem sich hieraus abzeichnenden Gesichtspunkt der geringstmöglichen Rechtsverdrängung des Eigentümers ausreichend Rechnung tragen müssen, ohne dabei schutzwürdige Belange des Sicherungsnehmers im konkreten Fall zu vernachlässigen.

Zusammenfassend ergeben sich nach dem bisherigen Stand der Erörterung folgende

3. Vorgaben für einen Lösungsvorschlag:

Mit Rücksicht auf die oben¹ näher dargestellten Interessen der am Sicherungsgeschäft Beteiligten wird zu unterscheiden sein zwischen der Sicherung von Forderungen, deren Entstehung von Schuldner und/oder Gläubiger nach der Verpfändung noch beeinflußt werden kann und der Sicherung solcher Forderungen, bei denen eine derartige Einflußnahme nach der Verpfändung nicht mehr möglich ist.

Der Lösungsvorschlag wird auch jene Interessen erfassen müssen, die unabhängig vom Bestand der gesicherten Forderung allein an die mit der Verpfändung verbundene Besitzübertragung, vgl. § 1205 I, anknüpfen.

So wird der Sachbesitzer regelmäßig sacherhaltende, -wiederherstellende oder -verbessernde Aufwendungen

1 S. 23 ff.

dem dadurch begünstigten Eigentümer in Rechnung stellen wollen. Der Eigentümer wiederum wird zum Beispiel bemüht sein, den Sachbesitzer zur pfleglichen Behandlung der Pfandsache zu verpflichten.

Diese und in Zusammenhang damit stehende Fragen sollen in einem eigenen Kapitel erörtert werden.¹

Die bisherigen Ergebnisse erlauben jedoch noch nicht die befriedigende Konstruktion eines Modells der Rechtsbeziehungen zwischen Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber im Falle der Sicherung einer künftigen oder bedingten Schuld.

Denn Beginn und Inhalt der Rechtsstellung des pfand-gesicherten künftigen Gläubigers werden entscheidend von den Wertungen beeinflußt, die das BGB mit Rücksicht auf die früher² dargelegten Interessen im 'Normalfall' der Realsicherung für ein akzessorisches Sicherungsrecht positiv niedergelegt hat.

Es ist deshalb noch der Frage nachzugehen, von welchem Zeitpunkt an nach der gesetzlichen Regelung frühestens von einer vollwertigen Pfandgläubiger-position ausgegangen werden kann.

1 siehe unten das Kapitel "Rechte und Pflichten der Beteiligten", S. 80 ff.

2 vgl. oben S. 23 ff.

IV. Rechtsbedingtes Pfandrecht ?

Thema dieses Abschnitts ist die Aufbereitung der dogmatischen Grundlagen der Entstehung von Rechten nach der Konzeption des BGB.

Ein Vergleich verschiedener akzessorischer Sicherungsrechte soll eine verbindliche Antwort auf die Frage geben, zu welchem Zeitpunkt die Bestellung eines akzessorischen Sicherungsrechts nach der Vorstellung des Bürgerlichen Rechts zu dessen Entstehung führt. Hieraus werden sich Schlüsse für das Entstehen des akzessorischen Fahrnispfandrechts ziehen lassen.

1. Tatbestand und Rechtswirkung

Wie oben¹ schon kurz erwähnt, muß sich die Entstehung eines Rechts nicht *uno actu* verwirklichen², sondern kann sich sukzessiv³ aus mehreren Willens-, Ereignis- oder Zustandselementen zusammensetzen. So ist es rechtlich ohne weiteres möglich, daß Pfandrechts-bestellung und Pfandrechtsentstehung zeitlich auseinanderfallen, das vollgültige Pfandrecht sich sukzessiv verwirklicht.

In der Rechtswissenschaft herrscht weitgehend Einigkeit darüber, daß zwischen dem "Grund", der "Ursache" einer bestimmten Rechtswirkung und der zu ihrem Eintritt erforderlichen weiteren (Wirksamkeits-) Voraussetzungen unterschieden werden muß⁴. "Ursache" einer rechtsgeschäft-

1 S. 9/10

2 wenngleich dies auch häufig, so bei Bargeschäften des täglichen Lebens, der Fall sein wird.

3 vgl. von Tuhr, AT, § 81

4 vgl. nur Palandt/Heinrichs, Überblick vor § 104, Anm. 1 b und c. Thiele, Zustimmungen, S. 90, wendet dagegen zu Recht ein, daß man den rechtsgeschäftlichen Tatbestand nicht allein als Ursache der später eintretenden Rechtswirkungen bezeichnen kann, da Tatbestand und Wirkungsvoraussetzung hierfür gleichermaßen Ursachen im Sinne einer *condicio sine qua non* sind; wenn man dennoch vom rechtsgeschäftlichen Willenstatbestand als der Ursache einer

lichen Wirkung ist regelmäßig das zwischen mindestens zwei Rechtssubjekten¹ ausgetauschte Willensmoment, das - unter Umständen neben weiteren Tatbestandselementen, zum Beispiel der Übergabe einer Sache bei der Eigentumsübertragung² - den Begriff des Rechtsgeschäfts bildet.³ Von diesem Rechtsgeschäft sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen als "außerhalb des eigentlichen Geschäftsaktes selbst liegende Erfordernisse"⁴ zu trennen, die im Zusammenwirken mit dem willensbestimmten Rechtsgeschäft dessen gewollte Folgen eintreten lassen.⁵ So wird ein Rechtsgeschäft erst in dem Augenblick wirksam, "in dem nicht nur der rechtsgeschäftliche Akt selbst, sondern auch alle seine Wirksamkeitsbedingungen vorliegen. Denn der von dem oder den rechtsgeschäftlich Handelnden vorgenommene Akt und seine 'Wirksamkeitsvoraussetzungen' zusammen bilden den 'Tatbestand', an den das Gesetz die Rechtsfolge knüpft."⁶

Rechtswirkung spricht, so sei dies lediglich das Ergebnis einer Wertung, um "die Herausstellung gerade solcher Bedingungen, die für den Eintritt der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts besonders bedeutsam sind, die als 'eigentlich' begründend erscheinen", zu ermöglichen; so auch Lempenau, Direkterwerb, S. 12.

- 1 einseitige Rechtsgeschäfte sollen unberücksichtigt bleiben.
- 2 vgl. Larenz, AT, S. 283; als weiteres Element des Tatbestandes gilt zB auch die Anzeige an den unmittelbar besitzenden Pfandgläubiger bei der Zweitverpfändung, § 1205 II, vgl. Staudinger/Wiegand, Rdnr. 27 zu § 1205.
- 3 Überwiegend wird das Rechtsgeschäft heute definiert als "finaler, auf Herbeiführung eines bestimmten Erfolges zweckhaft gerichteter Akt", zB Larenz, AT, § 18 I, Palandt/Heinrichs, Überblick vor § 104, Anm. 1 b und c; ähnlich die Definition von Ennecerus/Nipperdey, AT, § 145 II: "Tatbestand, der eine oder mehrere Willenserklärungen enthält und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt ist"; die Motive I, S. 126 setzten die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung gleich.
- 4 Larenz, AT, S. 284
- 5 vgl. Flume, Rechtsgeschäft, § 6, der "die Regelung als das Ergebnis des Rechtsgeschäfts" streng vom "Rechtsgeschäft als Akt" getrennt wissen möchte.
- 6 Larenz, AT, S. 284/285

Dieser Tatbestand im weiteren Sinne, den Thiele als "Gesamttatbestand rechtsgeschäftlicher Regelung"¹ bezeichnet, ist nicht zu verwechseln mit dem Tatbestand im engeren Sinne des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts. Insbesondere ist die Wirksamkeitsvoraussetzung nicht Bestandteil dieses Rechtsgeschäfts.² Den klassischen Fall der Trennung von Tatbestand und Wirksamkeitsvoraussetzungen bilden bedingte Rechtsgeschäfte.

a) Bei einem geschäftlich bedingten Geschäft im Sinne des § 158 I ist das Rechtsgeschäft als solches, die Willenseinigung³ tatbestandlich abgeschlossen und voll gültig, die Wirkung dieses Rechtsgeschäfts (im engeren Sinne⁴) aber nach dem Willen der Parteien noch vom Eintritt eines "zukünftigen, ungewissen⁵ Ereignisses"⁶ abhängig⁷.

-
- 1 in MüKo, Rdnr. 27 vor § 182
 - 2 heute wohl h.M., vgl. Larenz, AT § 18 I, Thiele in MüKo, Rdnr. 77 zu § 164 bzw. Rdnr. 27 vor § 182; Palandt/Heinrichs, Überblick vor § 104, Anm. 1 b und d; Egert, Rechtsbedingung, S. 87; aa wohl nur Lehmann/Hübner, die Tatbestand und Wirksamkeitsvoraussetzung zusammen als Rechtsgeschäft bezeichnen, AT § 24 III.
 - 3 und zum Tatbestand im engeren Sinn gehörende willensgetragene Handlungen, vgl. S. 38, Fn 2.
 - 4 vgl. zu dieser Terminologie auch Egert, Rechtsbedingung, S. 87, der zwischen Rechtsgeschäft im engeren und weiteren Sinne unterscheidet.
 - 5 wurde für den Eintritt des Ereignisses ein Datum vereinbart oder steht der Termin in sonstiger Weise fest, liegt nicht Bedingung, sondern Befristung vor; RGZ 68,141 ff ließ z.B. eine auflösend befristete Pfandrechtsbestellung zu.
 - 6 so die Definition der Bedingung, die der h.M. entspricht, vgl. Westermann in MüKo, Rdnr. 8 zu § 158 m.w.N.; Palandt/Heinrichs, Einf. vor § 158, Anm. 1 a; Enneccerus/Nipperdey, AT, § 194 I
 - 7 nicht der Wille der Parteien, sondern die Wirkung ist bedingt, vgl. Westermann in MüKo, Rdnr. 8 zu § 158, Fn. 14; Palandt/Heinrichs, Einführung vor § 158, Anm. 3 a

Die geschäftlich bedingte Bestellung eines Faustpfandrechts ist zum Beispiel ohne weiteres zulässig.¹ Das Pfandrecht entsteht dann erst mit Eintritt des von den Parteien zur Bedingung erhobenen Ereignisses. Eine solche Stufenentwicklung des vollen Pfandrechts widerspricht nicht dem Wesen der Verfügung als einem auf unmittelbare Rechtsänderung gerichteten Rechtsgeschäft², da Unmittelbarkeit nur das Fehlen des Erfordernisses eines weiteren rechtsgeschäftlichen Handelns bedeutet und nicht in zeitlichem Sinne zu verstehen ist.³

b) Hängt nun die Wirksamkeit des Tatbestandes nicht vom Parteiwillen, sondern vom "Willen des Gesetzes"⁴ ab, oder ergibt sich diese Abhängigkeit aus der Natur der Sache, aus der Natur des gewollten Rechtsgeschäfts⁵, so steht dieses Rechtsgeschäft unter einer "Rechtsbedingung"⁶. Das bedeutet, daß der durch den Tatbestand

1 Zuletzt erklärte der BGH in NJW 1983, 1114, 1116 die Vereinbarung der Verpfändungsparteien für zulässig, die das Entstehen der gesicherten Forderung zur Bedingung für das Entstehen des Pfandrechts erheben will; im übrigen entspricht die Zulässigkeit des geschäftlich bedingten Pfandrechts der h.M., vgl. Staudinger/Wiegand, Anm. 4 a zu § 1204; für die Zulässigkeit einer bedingten Hypothekenbestellung RGZ 122, 327.

2 vgl. die Definition der Verfügung bei Larenz, AT § 18 II; Palandt/Heinrichs, Überblick vor § 104

3 Hahnzog, aaO., S. 23 m.w.N.

4 Egert, Rechtsbedingung, S. 48; Oertmann, Rechtsbedingung, S. 3

5 vgl. hierzu Enneccerus/Nipperdey, AT, § 194 II 2 a, wonach auch eine sich aus der "Natur oder dem Gegenstand des Rechtsgeschäfts" ergebende Wirksamkeitsvoraussetzung Rechtsbedingung ist.

6 Es ist Flume, Rechtsgeschäft, S. 680 und Medicus, AT, Rdnr. 832 zuzugeben, daß die Rechtsbedingung als Begriff wegen der großen Unterschiedlichkeit der von Rechts wegen bestehenden Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Rechtsgeschäfts nicht oder nur schwer einheitlich faßbar ist. Die nachfolgenden Ausführungen beanspruchen deshalb auch keine Gültigkeit für alle denkbaren Erscheinungsformen der Rechtsbedingung.

im engeren Sinn erklärte Wille der Parteien sich erst verwirklichen kann, wenn der vom Gesetz selbst geforderte "zukünftige, ungewisse Umstand"¹ nachträglich eingetreten ist.

Es handelt sich auch bei der von Rechts wegen gesetzten Bedingung nicht um ein fehlendes Tatbestandsstück des Rechtsgeschäfts im engeren Sinn², sondern lediglich um eine nachholbare³ Wirksamkeitsvoraussetzung der durch das Rechtsgeschäft eingeleiteten, gewollten rechtsgeschäftlichen Regelung⁴. Das vom Gesetz ausdrücklich oder nach seiner Teleologie zur Bedingung erhobene künftige Ereignis entscheidet über die Wirksamkeit des gesamten Vorgangs, über die endgültige Wirkung des gesetzten Tatbestands.⁵ Der Unterschied besteht insoweit nur darin, daß bei §§ 158 ff. die Abhängigkeit zwischen einem künftigen Umstand und der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nach dem Willen der Parteien, bei der Rechtsbedingung dagegen nach dem Willen des Gesetzes hergestellt wird.⁶ In beiden Fällen entfaltet die gewollte rechtsgeschäftliche Regelung erst mit dem Eintritt der Bedingung ihre volle Wirksamkeit.⁷

-
- 1 Egert, Rechtsbedingung, S. 41
 - 2 Enneccerus/Nipperdey, AT § 194 II 2 a, S. 1186
 - 3 vgl. zum Erfordernis der Nachholbarkeit als Abgrenzungskriterium der Rechtsbedingung zum fehlenden Tatbestandsstück, Oertmann, Rechtsbedingung, S. 28; schon Dernburg, Pandekten, § 80, unterscheidet zwischen konstitutiven (rechtsbegründenden) und konfirmatorischen (rechtsbestätigenden) Tatsachen; dagegen z. B. Würdinger, Anwartschaft, S. 28 f.
 - 4 Ähnlich schon Kapler, *conditio iuris*, S. 5 mit seiner Definition der Rechtsbedingung: "eine durch Rechtsnorm gesetzte Bedingung der Wirksamkeit einer juristischen Tatsache"; vgl. auch Egert, Rechtsbedingung, S. 41; Flume, Rechtsgeschäft, § 38 1 c.
 - 5 Knorr, Rechtsbedingung, S. 46
 - 6 Oertmann, Rechtsbedingung, S. 3
 - 7 Eine recht originelle und deshalb Erwähnung verdienende Metapher verwendet Walsmann, Wollensbedingung, S. 211 um die Jahrhundertwende zur Erklärung eines bedingten Vorgangs: "Die Rechtslage ist geradeso wie bei der elektrischen Anlage. Drücke ich den Knopf, dann tritt nach einem

c) Der Grundsatz der Akzessorietät erlaubt die Annahme, daß das Pfandrecht vor Entstehen der Forderung nicht zu voller Wirksamkeit gelangt. Diese These bedarf noch näherer Untersuchung¹. Vorher aber sollte geklärt werden, welche grundsätzliche Rolle im rechtsgeschäftlichen Gesamttatbestand der Pfandrechtsentstehung das Entstehen der Forderung spielen könnte.

So ließe sich mit Rücksicht auf den soeben dargelegten rechtsbedingten Erwerb von Rechten ohne Bedenken vertreten, daß das Entstehen der Forderung gesetzliche, mithin Rechtsbedingung für die Vollwirksamkeit des mit der Verpfändung eingeleiteten Pfandrechtserwerbs ist. Logisch denkbar aber wäre genauso die Vermutung, das Entstehen der Forderung gehöre zum Tatbestand der Pfandrechtsbegründung. Dies bliebe auf die Gestalt der Rechtsposition des (künftigen) Pfandgläubigers nicht ohne Einfluß, da (erst) die Vollendung des rechtsgeschäftlichen Tatbestands im engeren Sinne regelmäßig gewisse Bindungswirkungen zwischen den Kontrahenten erzeugt².

Ob das Entstehen der Forderung sich als fehlendes Tatbestandsstück oder aber als (bloße) Wirksamkeitsvoraussetzung auffassen läßt, hängt von einer wertenden Gewichtsverteilung zwischen diesen beiden Komponenten ab.³ Um Bedeutungsschwerpunkte setzen zu können, ist eine Abgrenzung von Tatbestand und Wirksamkeitsvoraussetzung erforderlich.⁴

bestimmten Zeitraum die Lätewirkung ein, ohne daß mein Verhalten nach der Handlung des Drückens noch in Frage kommt, ich müßte denn schon, bevor die Wirkung eintritt, die Leitung der Glocke zerschneiden, was mit Rücksicht auf die Schnelligkeit der Wirkung faktisch kaum möglich sein wird."

1 vgl. dazu unten S. 45 ff.

2 vgl. dazu die Ausführungen zu § 161, unten S.68 ff.

3 vgl. zum Wertungserfordernis oben S. 37, Fn. 4

4 wobei es mit Rücksicht auf den Rahmen der Arbeit und die Vielzahl der denkbaren Fallkonstellationen, vgl. Egert, Rechtsbedingung, S.11, nicht um die Erarbeitung abschließender Differenzierungsmerkmale, sondern um die Schaffung einer dogmatisch redlichen Argumentationsgrundlage zur Lösung konkreter Probleme gehen soll.

Oertmann traf eine solche Unterscheidung zunächst durch eine am positiven Recht ausgerichtete Trennung von Zuständen und Geschehnissen. Ein Tatbestand sei notwendig ein Geschehen¹, das sich aus mehreren Teilstücken zusammensetzen und sukzessiv verwirklichen kann.² Daneben stehen die zur Wirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäfts erforderlichen zuständlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen. Hängt der Eintritt noch von einem weiteren Geschehen ab, so sei zu vermuten, daß noch ein Stück des Tatbestandes fehle. Für das bloße Vorliegen einer zuständlichen Wirksamkeitsvoraussetzung hingegen sprächen zum einen die mangelnde Nachholbarkeit dieses Moments³ und zum anderen die Rückwirkung auf den Augenblick des Geschäftsabschlusses⁴.

Egert fügt diesen Kriterien weitere hinzu: Tatbestandsstücke seien weitgehend dispositiver Natur, während Wirksamkeitsvoraussetzungen zwingenden Charakter hätten; der bloße Teiltatbestand sei regelmäßig noch nicht mit rechtlichen Zwischenwirkungen ausgestattet.⁵ Kurz: "Das Rechtsgeschäft ist das Mittel, die Wirksamkeitserfordernisse sind die Schranken wirksamen rechtsgeschäftlichen Handelns"⁶.

Für den in dieser Untersuchung relevanten Teil der schwierigen Abgrenzungsproblematik scheint mir für die Erfassung des "Tatbestandes" mit dem Ausdruck von Knorr⁷ "inhaltsbestimmender Willenstatbestand" einiges gewonnen.⁸ Danach wird man zum Tatbestand alle willens-

-
- 1 Oertmann, Rechtsbedingung, S. 53; so auch Egert, Rechtsbedingung, S. 25
 - 2 Rechtsbedingung, S. 8
 - 3 Rechtsbedingung, S. 54
 - 4 Rechtsbedingung, S. 55
 - 5 Egert, Rechtsbedingung, S. 13
 - 6 Rechtsbedingung, S. 13
 - 7 Rechtsbedingung, S. 40
 - 8 Obgleich Egert, Rechtsbedingung, S. 11 betont, daß Tatbestandsstücke nicht immer inhaltsbestimmend sein müssen.

getragenen Akte (Erklärungen, Handlungen¹) zählen können, die den wesentlichen Inhalt der beabsichtigten rechtsgeschäftlichen Gesamtregelung festlegen, während als Wirksamkeitsvoraussetzungen solche Umstände bezeichnet werden können, die von den Parteien selbst, vom Gesetz, der Natur der Sache oder des besonderen Gegenstandes des Rechtsgeschäfts zur Voraussetzung der vollen Wirkung der rechtsgeschäftlichen Regelung gemacht werden.²

Auf der Grundlage dieser Erwägungen kann das Entstehen der Forderung in die Kategorie der Wirksamkeitsvoraussetzungen eingeordnet werden. Denn weder Begründung noch (etwa bei bedingten Forderungen spätere) Entstehung der Forderung bestimmen unmittelbar aufgrund Parteiwillens den Inhalt des - später entstehenden - Pfandrechts.

Rechte und Pflichten von Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber werden mit der willentlichen Hingabe einer Sache als Pfand³, mit dem Verpfändungsakt gemäß § 1205 festgelegt. Das Entstehen der Forderung setzt die mit der Verpfändung bestimmten Inhalte nur noch in Kraft, es beseitigt die zunächst noch bestehende Schranke zur Vollgültigkeit der beabsichtigten rechtlichen Regelung. Die Rolle der Forderungsentstehung ist insofern der inhaltsbestimmenden Bedeutung des Verpfändungsaktes untergeordnet und damit nur Wirksamkeitsvoraussetzung im Konzert der Teilakte, die das endgültige Pfandrecht ausmachen. Ein solches Rollenverständnis hat nur Sinn im Zusammenklang mit der These, daß das Pfandrecht ohne Forderung nicht entstehen kann. Ob dieser Gedanke zutrifft, wird der nachfolgende Untersuchungsabschnitt zeigen.

1 so muß z.B. die Übergabe einer Sache vom "animus transferendi" getragen sein, vgl. Egert, aaO. S. 86

2 Ein solches Tatbestandsverständnis erklärt ohne weiteres eine andere Art der Rechtsbedingung: die Genehmigung schwebend unwirksamer Verträge. Sie ist zwar ein willensgetragener Akt in Form einer Erklärung, legt jedoch in keiner Weise den Inhalt des intendierten Rechtsgeschäfts fest. Sie kann also nicht zum Tatbestand gehören, sondern nimmt die Rolle einer (gesetzl.) Wirksamkeitsvoraussetzung ein.

3 wodurch die gesetzlichen Bestimmungen über den Pfandrechtsinhalt vom Parteiwillen pauschal umfaßt werden.

2. Entstehung der gesicherten Forderung als
Rechtsbedingung für das Entstehen des
Fahrnispfandrechts ?

a) Oertmann bejaht diese Frage nicht nur für das Pfandrecht, sondern auch für die anderen akzessorischen Rechte wie Bürgschaft und Hypothek mit dem Hinweis auf §§ 765 II, 1113 II, 1204 II, da ein akzessorisches Recht sich nur unselbständig an ein anderes anschließen und "natürlich ohne das Hauptrecht nicht zur Entstehung kommen"¹ kann. Der vor Entstehung des Hauptrechts vorgenommene Bestellungsakt sei nur "bedingt wirksam"², in der "Schwebe, bis die Entstehung des Hauptrechts sich entscheidet"³.

Nach Ansicht von Egert kann es "schwerlich zweifelhaft sein", daß das Entstehen der gesicherten Forderung... Wirksamkeitsvoraussetzung des Pfandrechts ist"⁴, da das Bestehen des Hauptrechts "eine allgemeine Voraussetzung der auf Bestellung akzessorischer Rechte gerichteten Rechtsgeschäfte"⁵ ist. Dem Erwerber fehlt die Erwerbseignung, solange ihm nicht die wirksame Forderung als Hauptrecht zur Seite steht.⁶

b) Diesen - nicht vertieft begründeten - Auffassungen wird man sich im Ergebnis nicht entziehen können. Sie stellen zutreffend auf einen inneren und einen äußeren Zusammenhang im Wesen akzessorischer Rechte ab. So ist zweierlei nicht einzusehen:

-
- | | |
|---|-----------------------------------|
| 1 | Oertmann, Rechtsbedingung, S. 186 |
| 2 | Rechtsbedingung, S. 188 |
| 3 | Rechtsbedingung, S. 186 |
| 4 | Egert, Rechtsbedingung, S. 81 |
| 5 | Rechtsbedingung, S. 81/82 |
| 6 | Rechtsbedingung, S. 82 |

Erstens die Inkonsequenz innerhalb der Akzessorietätswirkungen beim Pfandrecht selbst.

Erlischt die gesicherte Forderung, erlischt das Pfandrecht, § 1252.

Mit der Übertragung der Forderung geht das Pfandrecht auf den Zessionar über, § 1250 I 1, ohne Forderung ist es nicht übertragbar, § 1250 I 2.

Umgekehrt erlischt das Pfandrecht, wenn sein Übergang bei der Übertragung der Forderung ausgeschlossen wird, § 1250 II.

Nur bei der Entstehung soll das Pfandrecht ohne Forderung auskommen¹; mit Rücksicht auf die im übrigen konsequent durchgeführte Abhängigkeit des Sicherungsrechts von der gesicherten Forderung eine in sich unschlüssige und wenig überzeugende Konstruktion.

Zweitens besteht nach außen im Verhältnis zu anderen akzessorischen Sicherungsrechten kein Anlaß, das Fahrnispfandrecht im Bereich seiner Entstehung (!)² abweichend zu behandeln. So ist in diesem Zusammenhang zunächst auf den vom BGH grundsätzlich abgelehnten³ Vergleich des Pfandrechts mit der Hypothek zurückzukommen.

aa) Nach der Konzeption des § 1163 I 1 BGB ist die Valutierung der Forderung Rechtsbedingung für das Entstehen der Hypothek.⁴ Der Tatbestand der dinglichen Rechtsbestellung ist zwar mit Einigung und Eintragung des Hypothekars im Grundbuch abgeschlossen⁵; Inhaber der

1 zur "Lockerung der Akzessorietät" durch § 1204 II vgl. die Ausführungen oben S. 9 ff.

2 unberührt bleiben selbstverständlich die erheblichen Wirkungsunterschiede.

3 vgl. oben S.12 ff.

4 Palandt/Bassenge, Anm. 4 d zu § 1163 und Knorr, Rechtsbedingung, S. 85 sprechen in diesem Kontext von einer auflösend bedingten Eigentümergrundschuld, nicht von einer aufschiebend bedingten Hypothek. Sachgerechter scheint mir die Sicht der Dinge aus der Perspektive der beabsichtigten Rechtsfolge: diese richtet sich ganz eindeutig auf die Entstehung einer Hypothek. Damit ist das künftige Recht, die Hypothek, aufschiebend bedingt.

5 bei der Briefhypothek ist noch die Briefübergabe zur Tatbestandsvollendung erforderlich, § 1163 II.

Hypothek wird der (künftige) Gläubiger aber erst mit Valutierung der Forderung. Bis dahin ist die Vollwirkung des gesetzten (Rechtsbestellungs-) Tatbestandes kraft der Akzessorietät des Sicherungsrecht aufgeschoben.

Für das Fahrnispfandrecht, das eine noch nicht entstandene Forderung sichert, kann insofern das gleiche gelten. Denn schon der historische Gesetzgeber sah zwischen Grund- und Fahrnispfandrecht in dem für die Rechtsentstehung maßgeblichen Bereich keine strukturellen oder systematischen Unterschiede.

In der Entwurfsbegründung des BGB werden die Sachenpfandrechte als Rechte an der Sache¹, "das Pfandrecht" (an Grundstücken wie an Fahrnis) als ein "systematisch geschlossenes Rechtsgebiet"² angesehen, das nur eine Unterbrechung durch den Umstand erleidet, daß zwischen dem "Pfandrecht an Grundstücken"³ und dem "Pfandrecht an beweglichen Sachen"⁴ die Grundsuld abgehandelt wird.⁵

Die Hauptstruktur beider Rechte stimmt nach der Vorstellung der Verfasser des BGB überein: "Die Hypothek ist gleich wie das Pfandrecht ein dingliches Recht"⁶, sie "theilt mit dem Pfandrechte auch dessen akzessorische Natur."⁷ Sie dient zur Sicherung einer Forderung und kann folglich ohne sie nicht zur Entstehung gelangen."⁸ Die Forderung kann für Hypothek und Fahrnispfandrecht gleichermaßen eine künftige oder eine bedingte sein.⁹

1 Mot. III, S. 595

2 Mot. III, S. 595

3 Mot. III, S. 598 ff.

4 Mot. III, S. 796 ff.

5 zur Grundsuld, vgl. Mot. III, S. 596

6 Mot. III, S. 602

7 freilich mit der in §§ 1138, 892 ausdrücklich zugelassenen Abschwächung zugunsten des gutgläubigen Erwerbers; der öffentliche Glaube des Grundbuchs wird auf die gesicherte Forderung erstreckt.

8 Mot. III, S. 603

9 für die Hypothek: Mot. III, S. 637
für das Fahrnispfandrecht: Mot. III, S. 798

Die dies zulassenden §§ 1113 II und 1204 II werden in den Motiven ausdrücklich in Korrelation und damit in einen inneren Zusammenhang¹ gestellt. Es heißt dort wörtlich: "der zweite Absatz des § 1145 entspricht dem auf die Bürgschaft sich beziehenden § 669 (vergleiche auch § 1062 II)." ²

Wenn man trotz dieser systematischen Gemeinsamkeiten von Grund- und Fahrnispfandrecht auf allgemeine, quasi abstrakt vor die Klammer gezogene "Bestimmungen über das Pfandrecht" verzichtete, so nicht etwa deshalb, weil dies "unausführbar" wäre, sondern weil "die pfandrechtlichen Vorschriften hierdurch weder übersichtlicher noch klarer"³ geworden wären.

Die grundsätzliche Gleichbehandlung von Fahrnispfandrecht und Hypothek in Fragen der dinglichen Rechtsnatur⁴ und der Akzessorietät im Entstehungsstadium entspricht insoweit eher der Absicht des Gesetzgebers und seiner Vorstellung von der Realsicherungsform "des Pfandrechts" als die Ungleichbehandlung.⁵

bb) Bei der Bürgschaft findet sich ebenso eine vergleichbare Situation.⁶ So läßt § 765 II⁷ die Übernahme der

-
- 1 von einem "inneren Zusammenhang" zwischen Grund- und Fahrnispfandrecht spricht zum Beispiel auch Johow in seiner Entwurfsvorlage, S. 1794
 - 2 Mot. III, S. 798; § 1145 des Entwurfs entspricht § 1204 BGB; § 669 des Entwurfs entspricht § 765 BGB und § 1062 des Entwurfs entspricht § 1113 BGB.
 - 3 Die in diesem Abschnitt genannten Zitate alle aus Mot. III, S. 596
 - 4 zu der der unmittelbare Besitz bei der Hypothek nicht gehört. Das Vorbild des antichretischen Pfands, das dem Gläubiger Besitz und Fruchtgenuß verschaffte, wurde bei der Hypothek bewußt nicht übernommen. Das Grundbuch erfüllt hier die Publizitätsfunktion, vgl. Mot. III, S. 630
 - 5 so ist v. Lübtow, Struktur der Pfandrechte, S. 348 in der Ansicht zuzustimmen, der gleiche Wortlaut von §§ 1113 II und 1204 II lasse eher auf eine Gleich- als auf eine Ungleichbehandlung schließen.
 - 6 An die Stelle eines beschr. dingl. Rechts tritt hier die vollwirksame Entstehung der (schuldrechtlichen) "Hilfsschuld" des Bürgen, vgl. Palandt/Thomas, Einführung vor § 765, Anm. 1 b
 - 7 der inhaltlich und systematisch den §§ 1113 II und 1204 II entspricht, vgl. oben Fn. 2

Bürgenpflicht für eine künftige oder bedingte Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu. Vor dem Entstehen der Hauptschuld ist nach herrschender Meinung die Bürgenpflicht in der Schwebe.¹ Dem zwischen Bürgen und Gläubiger abgeschlossenen Vertrag zur Begründung der Bürgenschuld freilich darf nicht schon deshalb die rechtliche Anerkennung versagt werden, weil die - wegen der Akzessorietät - an sich erforderliche Hauptschuld noch nicht besteht. Vielmehr ist diese Vereinbarung, in der die gegenseitigen Rechte und Pflichten niedergelegt werden, rechtsgültig. § 765 II erfüllt insoweit keine andere Funktion als § 1204 II: er garantiert die rechtliche Verbindlichkeit der Eingehung eines Sicherungsverhältnisses.² Die Wirkung des gültigen Verpflichtungstatbestandes aber entfaltet sich erst mit dem Entstehen der gesicherten Forderung.

Für jene Regelung der Bürgschaft im BGB stand die sogenannte fideiussio des römischen Rechts Pate.³ So war auch in Rom die Eingehung einer Bürgenpflicht für eine künftige oder bedingte Forderung zulässig, wie sich den Quellen eindeutig entnehmen läßt.⁴ Mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages entstand auch dort noch keine vollgültige Verpflichtung des Bürgen. Vielmehr war deren Wirksamkeit bis zur Entstehung der Forderung in der Schwebe, "in pendentibus".⁵ Aus der Abgabe seiner Bürgschaftserklärung gegenüber dem Gläubiger war der Bürge nur

1 vgl. nur Erman/Seiler, Rdnr. 2 zu § 767; Palandt/Thomas, Anm. 2 zu § 765; Pecher in MüKo, Rdnr 4 zu § 767 läßt die Bürgenpflicht bis dahin sogar "gegenstandslos" sein; Medicus, Schuldrecht II, § 113 III 1 a aa; Enneccerus/Lehmann, Schuldverhältnisse, § 192 I unter Berufung auf römisches Recht. Ob man in diesem Kontext von schwebender Wirksamkeit oder Unwirksamkeit spricht, scheint mir eher Geschmacks- als Sinnfrage.

2 vgl. dazu oben S. 10 a.E.

3 vgl. Enneccerus/Lehmann, Schuldverhältnisse, § 192 I

4 vgl. Ulpian in l.6, § 2, Dig. 46,1: "adhiberi autem fideiussor tam futurae quam praecedenti obligatione potest, dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio".

5 vgl. Javolenus in l.35, Dig. 5,1 - zitiert bei Oertmann, Rechtsbedingung, S. 187

"mit schwebender Wirksamkeit verpflichtet", er war noch nicht Schuldner.¹ Dies wurde er erst mit Entstehen der Hauptschuld.

Wie damals hängt auch heute bei der Bürgschaft die volle Wirkung des mit dem Bürgschaftsvertrag gesetzten Willenstatbestandes, die Belastung des Sicherungsgebers, noch von einem künftigen Umstand ab, dessen Eintritt vom Gesetz als Wirksamkeitsvoraussetzung für die gewollte rechtliche Regelung bestimmt wird: dem Entstehen der gesicherten Forderung.

cc) Alle drei Sicherungsformen -Bürgschaft, Fahrnispfandrecht und Hypothek - prägt der nämliche gesetzgeberische Grundgedanke, daß eine Belastung² des Sicherungsgebers erst mit dem Entstehen des gesicherten Rechts eintreten soll. Nach außen hin manifestiert sich das Sicherungsverhältnis durch schuldrechtlichen Vertrag (bei der Bürgschaft) oder durch erkennbare dingliche Rechtsbestellung (Einigung und Sachübergabe beim Pfandrecht an Fahrnis bzw. Einigung und Grundbucheintragung beim Pfandrecht an Grundstücken). Es wird dadurch dokumentiert, daß ein bestimmtes "Sicherungsgut"³ einem konkreten Gläubiger "zugewiesen" und insoweit⁴ der Allgemeinheit entzogen ist. Bis zum Entstehen der Forderung bleibt der Wert der Sicherheit dem Sicherungsgeber vorbehalten⁵. Der Sicherungsnehmer muß diesen Wert dem Sicherungsgeber erst in Form der Forderung "abkaufen"⁶.

1 Oertmann, Rechtsbedingung, S. 187

2 die strikt von der Inanspruchnahme des Sachwerts bei Pfandreife zu trennen ist.

3 bei der schuldrechtlichen Bürgenpflicht, die das ganze Vermögen des Bürgen umfaßt, ist dieser Ausdruck freilich nur sinngemäß anzuwenden.

4 mit dem Eingehen der "Bürgenhaftung" steht zumindest fest, daß ein Teil des Bürgenvermögens, der allerdings nicht dinglich spezifiziert ist, zur Befriedigung eines bestimmten Gläubigers reserviert ist.

5 Besonders deutlich bei der Hypothek: Bis zum Entstehen der Forderung ist der Wert des Grundstücks dem Eigentümer als vorläufige EGS zugeordnet.

6 vgl. Rimmelspacher, Vormerkung, S. 16

Mit Rücksicht auf diese Wertungskonzeption besteht kein Grund zur Annahme, daß das Fahrnispfandrecht in der Frage seiner Entstehung anders zu behandeln sei als das Pfandrecht am Grundeigentum. Vielmehr beherrscht das Akzessorietätsprinzip in gleicher Weise den Eintritt der Vollwirksamkeit der Rechte des Gläubigers aus Hypothek, Mobiliarpfandrecht und Bürgschaft. Die Existenz der gesicherten Forderung ist Rechtsbedingung für die Existenz des Sicherungsrechts.

dd) Dies hindert die Parteien des Sicherungsverhältnisses nicht daran, ihrerseits das Entstehen der Forderung ausdrücklich zur geschäftlichen Bedingung der vollen Wirksamkeit des Sicherungsrechts zu erheben. Die Vereinbarung einer Rechtsbedingung durch die Parteien ist zulässig, sie hat aber keine konstitutive¹, sondern allenfalls klarstellende² Bedeutung. Es wird nur ausdrücklich etwas vereinbart, was vom Gesetz ohnehin vorgesehen ist.³

Infolge des zwingenden Charakters der Rechtsbedingung ist es andererseits auch unerheblich, wenn die Parteien das akzessorische Sicherungsrecht als sofort wirksames bestellen wollen und dies auch ausdrücklich so vereinbaren. Die gewünschte rechtliche Regelung wird nicht vor Eintritt der Rechtsbedingung wirksam.

1 vgl. Enneccerus/Nipperdey, AT, § 194 II 2 c

2 Medicus, AT, Rdnr. 832

3 Die Rechtsbedingung besteht unabhängig vom Parteiwillen, vgl. Egert, Rechtsbedingung, S. 48

3. "Drei-Stufen-Entwicklung" des Pfandrechts

Auf der Grundlage der Konzeption des BGB über den Eintritt der Vollwirkung eines akzessorischen Sicherungsrechts und der Erwägungen zur Interessenlage bei der Sicherung einer künftigen oder bedingten Forderung zeigt sich, daß die Entwicklung des Pfandrechts von der Verpfändung bis zur vollen Wirksamkeit letztlich in drei Stufen verläuft.

a) Die herrschende Meinung anerkennt nur zwei solcher "Stufen"¹.

So begründet sie das Entstehen des Pfandrechts im Augenblick der Verpfändung unter anderem damit, daß in diesem Zeitpunkt der Pfandgläubiger die Möglichkeit (als 1. Stufe) erlange, die Sache zu verwerten. Die Befugnis (als 2. Stufe) habe er allerdings erst mit Eintritt der Pfandreife, erst dann entstehe das Verwertungsrecht.² Andererseits aber wird das Verwertungsrecht bzw. die Verwertungsbefugnis als "wesentlicher Kern des Pfandrechts"³ bezeichnet. Insofern leuchtet schwer ein, daß schon vor dem Bestehen eines Verwertungsrechts⁴ ein vollwertiges Pfandrecht vorliegen soll. Ein solches Pfandrecht ließe sich nur mit dem Argument erklären, daß die faktische Möglichkeit zur Pfandverwertung gleichzeitig ein grundsätzliches Verwertungsrecht einschließe, wobei dieses ab der Verpfändung latent bestehende Verwertungsrecht sich bei Eintritt der Pfandreife zur Verwertungsbefugnis aktualisiere. So wird man die herrschende Ansicht verstehen müssen. Diese Antwort trifft im Ergebnis bei der Sicherung einer bestehenden Forderung auch zu, da in diesem Fall die Entstehungszeitpunkte von faktischer

1 nicht expressis verbis, jedoch sinngemäß

2 so z.B. Staudinger/Wiegand, Anm. 18 zu Vorbemerkung zu §§ 1204 ff.

3 wie Fn. 2

4 das begrifflich nicht mit der bei Pfandreife eintretenden Verwertungsbefugnis, § 1228 II, verwechselt werden sollte.

Verwertungsmöglichkeit und latentem Verwertungsrecht in Form der Wertbelastung identisch sind.

Bei der Sicherung einer künftigen oder bedingten Forderung aber wird nach den früheren Erwägungen deutlich, daß bei genauer Betrachtung drei Abschnitte sukzessiver Pfandrechtsentstehung unterschieden werden müssen.

b) Das Fahrnispfandrecht entwickelt sich in drei Stufen. Auf der ersten Stufe steht die Verpfändung der Sache gemäß § 1205 I. Durch sie weist der Eigentümer nach außen hin sichtbar dem späteren Pfandgläubiger eine bestimmte Sache als potentielles Haftungsobjekt unbedingt zu. Der künftige Pfandgläubiger erlangt die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache. Noch nicht zugewiesen ist ihm jetzt schon der Sachwert als sachliches Äquivalent der gesicherten künftigen Forderung. Die spezifisch pfandrechtliche Wertbelastung ist noch nicht eingetreten. Es besteht - wie schon früher ausgeführt - auch kein Anlaß, dem künftigen Pfandgläubiger das im Sachwert vergegenständlichte Pendant zu seiner Forderung im Wege einer Wertbelastung zu gewähren, ehe diese selbst existiert.¹

Das durch die Akzessorietät geschützte Interesse des Pfandeigentümers an der Verhinderung einer vorzeitigen Aushöhlung seines Vermögens behält hier die Oberhand, da es vor dem Entstehen der gesicherten Forderung noch nicht um Befriedigung oder Wertsicherung gehen kann.

Entsteht nun die gesicherte Forderung, ist die zweite Stufe der Entwicklung erreicht. Der faktische Sachbesitz erhält seine spezifisch pfandrechtlich ausgestaltete Prägung in Form einer Wertbelastung: das Pfandrecht entsteht. War durch die Verpfändung nur die Sache der Sphäre

1 vgl. oben S. 27

des Pfandgläubigers zugeordnet, ist es ab Entstehen der Forderung nun (auch) der Sachwert. Erst jetzt tritt rechtlich der Wechsel in der Haftungsordnung ein, der sich faktisch schon durch die Besitzübertragung nach außen manifestiert hatte.

Die dritte Stufe entspricht der - hier so genannten - zweiten Stufe der herrschenden Meinung: Mit Eintritt der Pfandreife aktualisiert sich das grundsätzliche Verwertungsrecht aus der zweiten Stufe der Entwicklung, der Pfandgläubiger ist zur Sachverwertung hic et nunc befugt.¹

V. Rechtsposition des künftigen Pfandgläubigers in der Schwebezeit.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung läßt sich festhalten, daß die Entstehung des Fahrnispfandrechts rechtlich aufschiebend bedingt ist durch das Entstehen der gesicherten Forderung.

1. Art der angemessenen Rechtsposition

Die folgenden Erörterungen haben sich nunmehr auf die Frage zu konzentrieren, von welcher Art die Rechtsposition des Besitzers einer ihm verpfändeten Sache bis zur Entstehung der Forderung in der "Schwebezeit" sein sollte.

a) Auszuschließen ist nach dem bisherigen Stand der Untersuchung die Anerkennung eines Vollrechts in dieser Zeit. Zwar ließe sich einwenden, das Fehlen von Vorschriften, die die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers in der Schwebezeit ausdrücklich regeln, beweiße gerade,

1 Auch die Hypothek entwickelt sich dreistufig:
Erste Stufe: Einigung und Eintragung im Grundbuch;
Zweite Stufe: Entstehung des Fremdrechts Hypothek;
Dritte Stufe: Verwertungsbefugnis, § 1147, aktuell;

daß das Gesetz nicht von einer Übergangszeit, sondern von sofort voll wirksamen Rechtspositionen ausgehe; deshalb enthalte es nur Regelungen für "den Bürgen", "den Hypothekar" oder "den Pfandgläubiger" als Vollrechtsinhaber und nicht etwa solche für den "künftigen" Bürgen, Hypothekar, Pfandgläubiger.

Dieser Umkehrschluß ist jedoch unzutreffend.

Zum einen geht schon aus den Motiven zum BGB hervor¹, daß das Gesetz zum Beispiel die Problematik der Akzessorietät des Fahrnispfandrechts für eine künftige oder bedingte Forderung der adäquaten Lösung durch Wissenschaft und Praxis überlassen und dabei gewiß nicht den Weg zur Annahme eines künftigen Rechtsverhältnisses bzw. gegenwärtigen, (noch) unvollkommenen Rechtsverhältnisses kategorisch verbauen wollte.

Ganz allgemein ginge eine Interpretation des Schweigens des Gesetzgebers hinsichtlich eines "künftigen" Sicherungsnehmers als abschließende Nichtregelung an den Bedürfnissen der Kreditwirtschaft und damit auch an der konfliktbereinigenden Zielsetzung rechtlicher Regelungen vorbei. Sie hätte nämlich zur Folge, daß es dann nur "gegenwärtige" Rechtsverhältnisse **geben** dürfte, weil "künftigen" eine ausdrückliche Regelung versagt wurde. Das wäre interessewidrig. Denn gerade im Bereich der modernen Kreditsicherung ist eine frühzeitige, anderen Gläubigern zuvorkommende Zugriffsmöglichkeit auf künftige Vollrechtspositionen des Sicherungsgebers von entscheidender Bedeutung.² Der Eigentumsvorbehalt mit seinen zahlreichen Erweiterungsformen³, die regelmäßig dem Sicherungsnehmer nur eine künftige Vollrechtsstellung

1 vgl. oben S. 10/11

2 wobei Zweifel berechtigt sind, ob eine solche frühzeitige Verteilung künftigen Vermögens rechtspolitisch wünschenswert ist, da sie die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Sacheigentümers einschränkt und ungesicherte Gläubiger, z.B. im Konkurs, vgl. dazu näher unten - vor leere Kassen stellt.

3 vgl. dazu Palandt/Putzo, Anm. 2 b zu § 455 m.w.N.

an den noch zu erwerbenden Gegenständen des Sicherungsgebers einräumen, mag als Beispiel für das wirtschaftliche Bedürfnis nach künftigen (Voll-) Rechtsverhältnissen und deren rechtliche Anerkennung dienen.

Auch geht das positive Recht selbst im Bereich von bedingten oder genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften von künftigen Vollrechtspositionen des Erwerbers aus. Solange nicht alle nach dem Willen der Parteien, § 158, bestimmten oder gesetzlich dem Schutz bestimmter Rechtssubjekte dienenden¹ Voraussetzungen eines rechtlichen Tatbestandes im weiteren Sinne erfüllt sind, erwirbt der Partner des Tatbestandes im engeren Sinne eine zwar gegenwärtige, aber unvollkommene rechtliche Stellung, aus der sich die künftige Vollrechtsstellung entwickeln kann.

Bei der Kreditsicherung durch akzessorische Rechte verbietet der Schutz des Sicherungsgebers vor einer vorzeitigen Aushöhlung seines Vermögens das Entstehen eines Vollrechts, solange die gesicherte Forderung nicht existiert.

Mit Rücksicht darauf läßt sich annehmen, daß das Gesetz die Existenz eines "künftigen Sicherungsnehmers" nicht ausschließen will. Literatur und Rechtsprechung haben denn auch zu Recht das Schweigen des Gesetzes zu diesem Punkt nicht als abschließende Nichtregelung, sondern als Lücke verstanden. Dementsprechend wird heute - zumindest bei Bürgschaft und Hypothek² - die sofortige Entstehung des Sicherungsrechts abgelehnt und die Existenz eines "Schwebezustandes" bis zum Erwerb des künftigen Vollrechts anerkannt. Wie ausgeführt, besteht kein Grund, beim Fahrnispfandrecht im Grundsatz anders zu entscheiden.

1 vgl. z.B. §§ 107, 177, 1365, 1366, 1369, 1821 ff.

2 vgl. dazu oben S. 46 (Hypothek) und 48 ff.
(Bürgschaft)

b) Auf der anderen Seite wäre auch die Annahme verfehlt, der (künftige) Pfandgläubiger erlange durch die Verpfändung überhaupt kein Recht, die Verpfändung sei nur eine faktische Handlung ohne jede Rechtswirkung. Denn diese Sicht der Dinge verstieße gegen die Grundkonzeption des BGB, die an Willenserklärungen von Rechtssubjekten immer Wirkungen knüpft, soweit diese Erklärungen rechtsverbindlich sein sollen. Und es ist schwer vorstellbar, daß eine Pfandübergabe ohne jeden Bindungswillen erfolgt.

Schließlich wird sich einerseits der Verpfänder gegen sachbeschädigendes Verhalten des (künftigen) Pfandgläubigers absichern, und sich andererseits der (künftige) Pfandgläubiger zum Beispiel die Erstattung von sachbezogenen Aufwendungen rechtsverbindlich garantieren lassen wollen.

Darüberhinaus würde eine solche Ansicht die wesentliche Intention des Gesetzgebers verkennen, im Pfandrecht für eine künftige oder bedingte Forderung eine Art der Voraussicherung¹ zuzulassen. Die Pfandhingabe für solche Forderungen wäre sinnlos, wenn der dingliche Bestellungsakt ohne jede Rechtsfolge bliebe; welchen Nutzen sollte die Verpfändung dann noch haben? So liegt mit Rücksicht auf § 1204 II vielmehr die Vermutung nahe, daß aus dem Tatbestand der Verpfändung bereits bestimmte - wenn auch nicht notwendig alle - Befugnisse und Pflichten des künftigen Pfandgläubigers erwachsen sollen. Dafür sprächen auch die früher angestellten² Erwägungen zu Tatbestand und Wirksamkeitsvoraussetzung. Die Verpfändung wurde als inhaltsbestimmender Willenstatbestand angesehen, durch den die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem (künftigen) Pfandrechtsverhältnis verbindlich festgelegt werden. Die Annahme liegt nicht fern, daß

1 vgl. dazu oben S. 21

2 vgl. dazu oben S. 42 ff.

sich aus der Vollendung dieses Tatbestandes bereits gewisse Vorwirkungen ergeben können. Den Ausschlag geben aber auch hier die Interessen der Verpfändungsparteien: Der Schutz des Pfandaigners vor einer Sachbehandlung durch den künftigen Pfandgläubiger im rechtsfreien Raum einerseits, sowie andererseits die Rücksicht auf das Interesse des Gläubigers, die Pfandsache gegen eine Inanspruchnahme Dritter zu verteidigen und bereits ab der Sachüberlassung als künftiger Sachwertanwärter gegenüber ungesicherten Gläubigern auftreten zu können, erheben das Postulat einer Verrechtlichung der Beziehung zwischen Eigentümer/Verpfänder und künftigen Pfandgläubiger auch schon vor Entstehen der gesicherten Forderung.

c) Bei der Verpfändung für eine künftige oder bedingte Forderung wird sich die Rechtsposition des künftigen (Pfand-) Gläubigers zwischen den Polen "Nicht-Recht" und "Vollrecht" bewegen. Die genaue Standortbestimmung hängt von der Gewichtung der wechselseitigen Interessen von Pfand Eigentümer und Pfandgläubiger ab.

So wurde oben¹ festgestellt, daß das Schutzbedürfnis des künftigen Gläubigers mit wachsender Sicherheit der Forderungsentstehung zunimmt. Der Gläubiger muß sich infolge der Zweckbindung der Pfandhingabe auf deren Effizienz verlassen können, soweit er auf das Entstehen der gesicherten Forderung keinen Einfluß mehr hat und auf die (spätere) Inanspruchnahme der Sicherheit angewiesen ist. Denn ob die Vermögenseinbuße des Gläubigers in Form einer bestehenden Forderung bereits verbindlich eingetreten ist oder in Gestalt einer künftigen oder bedingten Forderung mit rechtlicher Sicherheit eintreten² wird, macht für das berechnete Vertrauen des (künftigen) Gläubigers in "seine", in die ihm zugeordnete Sicherheit, keinen Unterschied. Der Gläubiger, der die Inanspruch-

1 vgl. oben S. 28 ff.

2 bzw. durch erbrachte Vorleistungen aus dem Vermögen des Gläubigers eingetreten ist.

nahme seines Vermögens durch den Schuldner nicht mehr abwenden kann, steht im Blick auf seine Sicherungs- und Befriedigungsinteressen einem gegenwärtigen Forderungsgläubiger annähernd¹ gleich. Wegen der großen Ähnlichkeit zum "Normalfall der Realsicherung"² ist es angemessen, einem solchen künftigen Gläubiger eine dem vollgültigen Pfandrecht weitgehend angenäherte, gesicherte Rechtsstellung einzuräumen.

Im folgenden wird nun zu untersuchen sein, in welchen Fällen der Sicherung künftiger und bedingter Forderungen der künftige Gläubiger an das Entstehen der Forderung gebunden ist.

2. Das persönliche Schuldverhältnis

Es liegt nahe, die vom Gesetz selbst in §§ 765 II, 1113 II, 1204 II, 1209 vorgezeichnete Differenzierung aufzugreifen und zwischen Gläubigern einer künftigen bzw. einer bedingten Forderung zu unterscheiden.

a) Fraglich ist allerdings zunächst, ob der begrifflichen Trennung auch ein inhaltlicher Unterschied entspricht, oder ob nicht vielmehr auch die bedingte Forderung eine künftige ist und der Gläubiger der einen behandelt werden kann wie der Gläubiger der anderen.³

Die Antwort muß sich an zwei Punkten orientieren: zum einen an der logischen Ausschließungsfunktion der Begriffe Gegenwart und Zukunft⁴ - ein gegenwärtiges Recht kann nicht gleichzeitig ein zukünftiges sein - und zum

1 der Unterschied besteht allenfalls in einer zeitlichen Verschiebung der Vermögenseinbuße, nicht jedoch in der rechtlichen Sicherheit ihres Eintritts.

2 vgl. dazu oben S.28/29

3 Die Problematik der künftigen Rechte ist mehrfach Klärungsversuchen zugeführt worden, vgl. Lempenau, Direkterwerb, S.15 m.w.N.; Serick, Eigentumsvorbehalt, Bd. IV, § 47 I 2;

4 vgl. Hahnzog, Rechtsstellung, S. 3

anderen am Wirkungszeitpunkt eines Rechts¹, denn erst wenn dieses voll entstanden ist, vermag es gegenwärtige Rechtswirkungen zu entfalten. Vor Eintritt der Vollwirkungen liegt ein gegenwärtiges Recht nicht vor.

Diesem roten Faden folgend ergibt sich zunächst, daß alle gegenwärtig voll wirksamen Forderungen, also jene, bei denen Tatbestandsvollendung und Eintritt der Wirksamkeitsvoraussetzungen zeitlich zusammenfallen, keine künftigen Forderungen sein können.

Dementsprechend wird man noch nicht fällige Forderungen nicht als künftige bezeichnen können, da hier die Forderung als solche vollwirksam besteht, sie nur noch nicht durchsetzbar ist²; so zum Beispiel der Werklohnanspruch, der mit Vertragsabschluß entsteht, jedoch erst mit Vollendung der Herstellung oder Abnahme fällig wird, § 641.³

Fehlt es hingegen an der Abgeschlossenheit des Tatbestands oder noch an einer Wirksamkeitsvoraussetzung oder an beidem, so ist eine Forderung noch nicht entstanden, nicht gegenwärtig wirksam, also eine künftige Forderung.

Ist nun eine Forderung rechtsgeschäftlich oder rechtlich aufschiebend bedingt, ist zwar der Tatbestand (im engeren Sinne) vollendet, die Wirksamkeitsvoraussetzung für die endgültige Verwirklichung des Parteiwillens aber steht noch aus. Erst mit Bedingungseintritt entsteht das Vollrecht, eine gegenwärtige Forderung. Demnach ist auch die aufschiebend bedingte Forderung

1 vgl. Lempenau, Direkterwerb, S. 15; vgl. auch die Nachweise bei Hahnzog, Rechtsstellung, S. 15

2 wohl h.M., vgl. Serick, Eigentumsvorbehalt, § 47 I 2 c; Hahnzog, Rechtsstellung, S. 5/6; aA BGHZ 62, 100, 102.

3 vgl. Soergel/Siebert/Mühl, Rdnr. 25 zu § 631; Glanzmann in RGRK, Anm. IV 1 f zu § 631;

nicht eine gegenwärtige¹, sondern vielmehr eine künftige² Forderung.

b) Sie darf trotz dieses begrifflich einleuchtenden Ergebnisses nicht inhaltlich mit der künftigen Forderung auf eine Stufe gestellt werden. Denn schon das römische Recht verfolgte insoweit eine differenzierte Betrachtung, als es zwischen betagten, bedingten und künftigen Forderungen unterschied.³ Eine Unterscheidung, die sich

1 Es läßt sich freilich nicht leugnen, vgl. die Kritikanzeige bei Hahnzog, Rechtsstellung, S.15, daß eine gewisse Bindungswirkung (so BGHZ 38,369, 371/372 und RGRK, Anm. 19 vor § 158), wenn auch nicht Vollwirkung mit Abschluß des Begründungstatbestandes eintritt. Diese Bindung stellt weitaus mehr Bezug zur Gegenwart her als zur Zukunft. Durch die zeitliche Trennung von Tatbestand und Vollwirkung ergibt sich für die aufschiebend bedingte Forderung zwangsläufig eine Zwitterstellung im Sinne eines (noch nicht ganz) gegenwärtigen, aber auch nicht (mehr völlig) zukünftigen Rechts. Je nach Wahl des Anknüpfungspunktes - Bindungswirkung oder Vollwirkung - läßt sie sich beliebig kategorisieren. Soweit es allerdings, wie hier, auf die Frage der Rechtsentstehung (nur die entstandene Forderung bringt das vollgültige Pfandrecht hervor) ankommt, scheint mir die Anknüpfung an den Zeitpunkt des Eintritts der Vollwirkung vorzugswürdig.

2 so Lempenau, Direkterwerb, S. 13, Fn 8 m.w.N.; Hahnzog, Rechtsstellung, S. 15 m.w.N.; so wohl auch Ertl, Vormerkung, S. 349, wenngleich widersprüchlich, und RGZ 145,328,336.

3 so Marcian, 1.5 pr.D.20,1, zitiert bei Windscheid/Kipp, Pandekten, S. 1130, Fn. 6 : "Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione ... sive pura (= unbedingte) est obligatio, vel in diem (= betagte), vel sub condicione (= bedingte) et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat, sed et futurae (= künftige) obligationis nomine dari possunt."

Gerade die Herausstellung der künftigen Forderung durch das Wort "sed" bezeugt, daß damit etwas anderes gemeint ist als die vorher erwähnten betagten und bedingten Forderungen, vgl. dazu auch Blanck, Rangordnung, S. 35

in der rechtswissenschaftlichen Literatur des späten 19. Jahrhunderts eher kontrovers¹ fortsetzte, die Gesetzgebung in ihrem Bemühen um begriffliche Klarheit beeinflusste und so als sichtbares Relikt römischen Rechts in der getrennten Aufführung der bedingten und künftigen Forderung zum Beispiel in §§ 1204 II und 1209 bis heute sinnvoll fortwirkt. Sinnvoll vor allem deshalb, weil sich nicht alle noch nicht voll wirksam entstandenen, alle künftigen Forderungen gleichbehandeln lassen, da ihr Bezug zur Gegenwart je nach tatbestandlicher Vervollkommenheit variiert. Eine entsprechende Gruppierung ist deshalb durchaus nützlich², auch wenn dies gelegentlich angezweifelt wird³.

An die Überlegungen zu Tatbestand und Wirksamkeitsvoraussetzungen anknüpfend lassen sich zwei Gruppen künftiger Forderungen erkennen, wie sie auch im Gesetz ausdrücklich genannt sind:⁴

aa) die bedingten Forderungen

Bei den bedingten Forderungen ist der rechtsgeschäftliche Begründungstatbestand vollends abgeschlossen, es steht nur (noch) eine Wirksamkeitsvoraussetzung aus. Ungewiß ist demnach nicht die Bindung der Parteien an den Tatbestand im engeren Sinne, sondern nur mehr, ob die Forderung aus dem vorhandenen Tatbestand auch entstehen wird. Es spielt dabei keine Rolle, ob das

1 wie die Definitionen der "künftigen Forderungen" zeigen: Vangerow, Pandekten, § 372, Anm. 3: "nicht bedingte Forderung, aber es wird von ihr angenommen, daß sie künftig entstehen möchte"; ähnlich Brinz, Pandekten, S. 294: "nicht betagte, sondern solche Forderungen, die sich im Lauf der Zeit innerhalb eines Contracts entwickeln können." Regelsberger, Altersvorzug, S. 36: "künftig mögliche Forderungen, die nicht bedingt sind."

2 wenn auch im einzelnen nicht unstreitig; vgl. Serick, Eigentumsvorbehalt, Bd. IV, S. 263, Fn. 10

3 zum Beispiel von Lempenau, Direkterwerb, S. 15

4 so auch die Einteilung von Serick, Eigentumsvorbehalt, Bd. IV, S. 260; dagegen Hahnzog, Rechtsstellung, S. 20, der einteilt in aufschiebend bedingte und befristete Forderungen, künftige

noch fehlende Wirkungserfordernis Bedingung im Sinne der §§ 158 ff. oder Rechtsbedingung ist.

Denn in beiden Fällen kann der Schuldner als rechtsgewährender Teil nach Vollendung des Forderungsbegründungstatbestandes den Rechtserwerb des Gläubigers nicht mehr verhindern. Umgekehrt vermag der Gläubiger den künftigen Eintritt des zur Bedingung erhobenen Ereignisses nicht mehr zu hindern. Der Bedingungseintritt ist der weiteren rechtsgeschäftlichen Mitwirkung der Parteien entzogen¹, die endgültige Rechtsfolge tritt als Ergebnis eines kontinuierlichen Kausalverlaufs "automatisch" ein bzw. fällt aus. Diese Rechtslage nahm der BGH in einem

hältnis und künftige Forderungen aus einem zukünftigen Rechtsverhältnis; so auch Larenz, Schuldrecht I, § 34 III und Palandt/Heinrichs, Anm. 3 c zu § 398.

Diese Gruppierung ist für die vorliegende Arbeit nicht sinnvoll, da sie zu sehr auf die Bedeutung des Rechtsverhältnisses für die Entstehung der Forderung abstellt. Nicht Bestehen oder Nichtbestehen eines allgemeinen Rechtsverhältnisses ist für die Entstehung der Forderung entscheidend, sondern allein der Grad der Verwirklichung des konkreten Gesamttatbestandes, der zum Entstehen der Forderung führt. Dieser Gesamttatbestand mag sich zwar inner- oder außerhalb eines Rechtsverhältnisses oder parallel dazu verwirklichen, dessen Bestehen jedoch ist sekundär. So können Begründungstatbestand eines Rechtsverhältnisses und Begründungstatbestand einer Forderung zeitlich zusammenfallen (so begründet z.B. der Beitritt zu einer BGB-Gesellschaft gleichzeitig das Gesellschaftsrechtsverhältnis und den - insoweit durch die Bilanzfeststellung rechtlich bedingten - Gewinnanspruch, vgl. Ulmer in MüKo, Rdnr. 7 zu § 721), müssen aber nicht. Das Bestehen eines (umfassenden) Rechtsverhältnisses mag für die Problematik der Bestimmbarkeit einer künftigen Forderung im Rahmen der Zession Bedeutung erlangen. Für den hier zu untersuchenden Bereich der Bindung von Gläubiger und Schuldner an das Entstehen der Forderung ist es ohne Belang und verzichtbar.

1 die "Potestativbedingung" bildet hier keine Ausnahme, da bei ihr nicht die Bindung der Parteien gewillkürt ist, sondern allein die faktische Durchführung des Rechtsgeschäfts, vgl. Staudinger/Dilcher, Rdnr. 16 vor §§ 158 ff.; ist dagegen die Bindung noch fraglich, liegt noch kein vollendeter Tatbestand im engeren Sinne vor, vgl. auch Raape, Wollensbedingung, S. 6; RGZ 131, 24, 26; RGZ 136, 132, 135.

Beschwerdebeschuß vom 15. Mai 1962¹ in einer höferechtlichen Streitigkeit zum Anlaß, die Rechtspositionen eines geschäftlich oder rechtlich aufschiebend bedingten Forderungsgläubigers gleichzusetzen, indem er (auch) beim rechtsbedingten Forderungserwerb die Möglichkeit eines Anwartschaftsrechts des künftigen Gläubigers anerkannte: Die Veräußerung des Hofes oder von Hofesgrundstücken sei zwar keine Bedingung im Sinne von § 158 I, um Abfindungsergänzungsansprüche gemäß § 13 HöfeO entstehen zu lassen, sie sei "vielmehr eine gesetzliche Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs." Mit dem Erbfall aber sei bereits "die Aussicht auf künftige Entstehung eines Ausgleichsanspruchs gegeben". Diese Aussicht könne man als "Anwartschaftsrecht"² bezeichnen.

bb) die künftigen Forderungen

Bei den künftigen Forderungen ist der Begründungstatbestand der Leistungspflicht weder begonnen noch abgeschlossen, oder es liegt zwar schon ein Teilstück dieses Tatbestandes, zum Beispiel die Vertragsofferte, vor, das tatbestandliche Schlußstück aber, die Annahmeerklärung, fehlt noch.³ Hier ist nicht nur das Entstehen der Forderung, sondern sogar schon das Zustandekommen des Tatbestandes zweifelhaft. Schuldner und/oder Gläubiger sind noch in keiner Weise³ gebunden. Der künftige Gläubiger kann ohne weiteres und ohne rechtlichen Hinderungsgrund von der Forderungsbegründung Abstand nehmen. Die Inanspruchnahme seines Vermögens hängt noch von seinem Willen ab. Der künftige Schuldner kann ohne die Mitwirkung des künftigen Gläubigers die Forderung nicht begründen. Faßt man die Entstehung der künftigen Forderung als Rechtserwerb des Gläubigers auf, so besteht insoweit lediglich eine tatsächliche Erwerbsaussicht.⁴

1 in NJW 1962, 1615

2 alle vorgenannten Zitate aus dem BGH-Beschluß in NJW 1962, 1615

3 § 145 hindert sie nicht, eine abgegebene Offerte zu widerrufen; der Widerruf verpflichtet allenfalls zum Ersatz von Vertrauensschaden, vgl. Palandt-Heinrichs, Anm. 2 a zu § 145;

4 so BGHZ 12,115 für die Position des Vermächtnisnehmers vor Eintritt des Erbfalls

c) Die Gebundenheit des Gläubigers, die den Schutz seiner Sicherungs- und Befriedigungsinteressen, seines Vertrauens in die Effektivität der Realsicherheit bereits ab dem Zeitpunkt der Verpfändung erfordert, besteht demnach nur im Falle der Pfandsicherung einer (geschäftlich oder rechtlich) aufschiebend bedingten Forderung. Nur der Gläubiger einer bedingten Forderung verdient eine dem vollwertigen Pfandrecht annähernd gleichartige Ausgestaltung seiner künftigen Rechtsposition, da er ohne diesen Schutz - entgegen aller im Verpfändungsakt zum Ausdruck kommenden Absichten der Parteien - mit einer ungesicherten Inanspruchnahme seines Vermögens durch den Schuldner rechnen muß.

Diese Gefahr eröffnet sich für den Gläubiger einer nur künftigen Forderung nicht. Er kann infolge der fehlenden Bindung an einen forderungsbegründenden Tatbestand bei Verschlechterung, Untergang oder Wirkungslosigkeit des Pfandes jederzeit vom(geplanten)Kreditgeschäft Abstand nehmen oder aber nach Bestellung einer neuen geeigneten Sicherheit daran festhalten und die Forderung tatbestandlich begründen. Auf spezifisch pfandrechtliche, am Wert des Pfandgegenstandes orientierte Befriedigungsinteressen braucht keine Rücksicht genommen zu werden. Eine dem vollgültigen Pfandrecht sehr nahe kommende Rechtsposition bezüglich der Pfandsache muß ihm deshalb nicht eingeräumt werden. Es wird genügen, die Sicherungsinteressen angemessen zu beachten.

3. Eine interessengerechte und gleichzeitig dogmatisch befriedigende Gleichstellung des bedingten mit dem gegenwärtigen pfandgesicherten Forderungsgläubiger setzt neben der vorhandenen Kongruenz der Interessenlage eine insgesamt vergleichbare technische Rechtslage voraus.

a) Es wäre unangemessen, den künftigen Pfandgläubiger wie einen gegenwärtigen zu behandeln, solange die Rechtsstellung, die er aufgrund der bisher erfolgten Rechtsakte erlangt hat, noch rechtlich angreifbar ist.

So kann der künftige Schuldner dem künftigen Gläubiger ohne Mitwirkung des Verpfänders kein Pfandrecht verschaffen. Umgekehrt ist auch der Verpfänder nicht ohne Beteiligung des Schuldners in der Lage, ein Pfandrecht in der Person des Gläubigers entstehen zu lassen.

Nur das Zusammenwirken beider Rechtsverhältnisse, des dinglichen Pfandbestellungs- und des Forderungsverhältnisses bringt das Pfandrecht hervor¹, - eine spezifische Eigenart akzessorischer Rechte. An der Pfandrechtsentstehung beteiligt sind demnach auf der rechtsgewährenden Seite (Aktivseite) des Geschäfts der Eigentümer und der persönliche Schuldner², auf der rechtsempfangenden Seite (Passivseite) allein der Pfandgläubiger.³

Die Gebundenheit im persönlichen Schuldverhältnis allein reicht also nicht aus, um dem künftigen Gläubiger die Entstehung eines Pfandrechts zu sichern. Vielmehr muß Gebundenheit im dinglichen Rechtsverhältnis hinzutreten, die es dem Verpfänder unmöglich macht, über die Pfandsache nach der Verpfändung anderweitig zu verfügen oder in anderer Weise ohne Mitwirkung des künftigen Pfandgläubigers den dinglichen Teil der Pfandrechtsgewährung zu beeinträchtigen. Es bedarf deshalb der Klärung, ob und inwieweit der Verpfänder an die Pfandbestellung gemäß § 1205 gebunden ist, aus der bei Eintritt der Rechtsbedingung "Forderungsentstehung" ein Pfandrecht entstehen soll.

1 Eine Situation, die nach Walsmann, Wollensbedingung, S. 223, 224 niemals ein Fall der Geschäftsbedingung, einschl. der Potestativbedingung sein kann, denn "entweder ist der Vertrag die Grundlage der rechtsgeschäftlichen Folgen, dann können diese nicht erst von einer zukünftigen Willenserklärung begründet werden. Oder die Folgen sind auf diese Willenserklärung zurückzuführen, dann ist es unmöglich, daß bereits der Vertrag diese Rechtsfolgen begründet hat."

2 die identisch sein können, aber nicht müssen; im Extremfall bilden sogar drei Personen die Aktivseite: Eigentümer, Verpfänder, Schuldner.

3 für die gleichfalls akzessorische Hypothek gelten demzufolge die gleichen Erwägungen.

b) Auf der Suche nach Antworten darf man nicht der Versuchung erliegen, die Regelungen des geschäftlich bedingten Rechtserwerbs, die sich im wesentlichen auf §§ 158 ff. stützen, einfach auf den rechtlich aufschiebend bedingten Pfandrechtserwerb zu übertragen.

Denn schon Oertmann hatte darauf hingewiesen, daß sich eine "allgemeine, apriorische Antwort"¹ auf die Frage der Anwendbarkeit der §§ 158 ff. auf alle Fälle der Rechtsbedingung nicht geben lasse. Knorr stellte nach einer Einzeluntersuchung der §§ 158 ff. fest, daß die darin enthaltenen Rechtsgedanken als allgemeine Rechtsprinzipien auch auf die Rechtsbedingung übertragen werden könnten.² Ob dies so ist und zu einer grundsätzlichen Analogie reicht, wie Knorr sie vorschlägt³, mag dahinstehen. Knorrs Untersuchung regt jedoch sicher dazu an, den Gedanken an eine Analogie zur Geschäftsbedingung nicht von vorneherein zu verwerfen, wie dies die herrschende Meinung im wesentlichen tut⁴, sondern im Einzelfall an einer interessengerechten Betrachtung zu überprüfen.

c) Bei geschäftlich aufschiebend bedingten Verfügungen sichert § 161 I dem künftigen Rechtsinhaber die unbeeinträchtigte Vollendung seines sukzessiven Rechtserwerbs, der mit dem Abschluß des dinglichen Verfügungstatbestandes über einen Gegenstand eingeleitet wurde. Die analoge Anwendung dieser Norm auf die rechtlich bedingte Pfandrechtsentstehung setzt neben der -vorhandenen⁵ -

1 Rechtsbedingung, S. 154

2 Rechtsbedingung, S. 76 ff.,

3 Rechtsbedingung, S. 103

4 vgl. von Tuhr, AT § 80 V; RGRK, Anm. 9 g vor § 158; Westermann in MüKo, Anm. 52 zu § 158; Egert, Rechtsbedingung, S. 182 ff. lehnt die Notwendigkeit einer Analogie zu den Regeln der Geschäftsbedingung überhaupt ab, da die Rechtsbedingung im Gesetz eine eigene Regelung erfahren habe. Wie sich zeigen wird, erfassen diese "Regelungen" nicht alle anstehenden Probleme, sodaß der Analogieschluß geboten ist.

5 vgl. dazu oben S. 15

Lücke im Gesetz die Vergleichbarkeit der Sachverhalte voraus.

aa) Das rechtsgeschäftlich bedingte Geschäft ist mit der bindenden vertraglichen Abrede¹ der Parteien bzw. mit Vollzug der zum Tatbestand im engeren Sinn gehörigen tatsächlichen Handlungen tatbestandlich vollendet. Die Wirkung der rechtsgeschäftlichen Willensentäußerung, die Rechtsentstehung in der Person des Erwerbers, steht noch bis zum Eintritt der Bedingung aus. Der Bedingungseintritt selbst ist der weiteren rechtsgeschäftlichen Mitwirkung der Parteien entzogen². Die endgültige Rechtsfolge tritt als Ergebnis eines kontinuierlichen Kausalverlaufs automatisch ein bzw. fällt aus.

Gegen zwischenzeitliche erwerbsbeeinträchtigende oder -vereitelnde Verfügungen des Rechtsentäußerers ist der Anwärter über § 161 I³ geschützt. Dieser Schutz beruht auf der Erkenntnis des Gesetzgebers, daß in der rechtsgeschäftlichen Verfügung eine "Machtentäußerung (liegt), welche dem bedingt Verpflichteten es unmöglich macht, über ... die Sache anders zu verfügen, als unter Wahrung der durch die Verfügung geschaffenen Rechtslage".⁴ Der Verfügende hat sich bewußt und freiwillig, nach außen hin erkennbar seiner weiteren Verfügungsmacht über die Sache begeben. Der künftige Rechtsinhaber muß sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers auf diese inhaltsbestimmende Willensäußerung verlassen können und darf einem nachträglichen, rechtsvereitelnden Sinneswandel des Verfügenden (außer zugunsten eines gutgläubigen Dritten) nicht mehr ausgesetzt sein. Andernfalls wäre die Willensbekundung der Verfügungsparteien ohne rechtliche Bedeutung. § 161 hält nun gerade diese Bedeutung ausdrücklich auf-

-
- 1 zum Beispiel gem. §§ 873 II, 875 II, 876 S.3
 - 2 vgl. dazu schon oben S. 63
 - 3 vorbehaltlich der Gutglaubensregeln nach § 161 III iVm §§ 932 ff.bzw. §§ 892,893.
 - 4 Mot. I, S. 259

recht und nähert damit die Position des künftigen Rechtsinhabers der des Vollrechtsinhabers weitgehend an.¹

Freilich wirkt sich der Schutz des § 161 I bei der geschäftlich aufschiebend bedingten Belastung einer Sache anders aus als bei der aufschiebend bedingten Vollrechts-, zum Beispiel einer Eigentumsübertragung. Dort kann der Eigentümer einem Dritten wegen § 161 I nicht mehr zu Lasten des Anwärters Eigentum verschaffen.

Bei der geschäftlich bedingten Belastung einer beweglichen Sache mit einem Pfandrechte hingegen kann der Eigentümer dieselbe Sache ohne weiteres ein zweites oder drittes Mal verpfänden², da an einer Sache mehrere Pfandrechte bestehen können, ohne sich gegenseitig auszuschließen³. Die bei der ("nochmaligen") Eigentumsübertragung auftretende Kollision der Eigentumsprätendenten - Anwarter oder Dritter - verengt sich bei der mehrmaligen Verpfändung auf die Rangproblematik:

Infolge der Zweitverpfändung erwirbt der "zweite" Pfandgläubiger bei Bedingungseintritt wohl ein vollwertiges Pfandrechte, jedoch wegen § 161 I nicht zu Lasten des "ersten" (zunächst bedingten) Pfandgläubigers, also nur mit Nachrang. § 1209 verdeutlicht diese Rechtslage nochmals, indem er bestimmt, daß für den Rang des Pfandrechts der Zeitpunkt seiner Bestellung maßgeblich ist.⁴

Die dingliche Gebundenheit des Verpfänders aufgrund seiner Verfügung sichert dem künftigen Pfandgläubiger über § 161 nicht nur das Entstehen des Pfandrechts, sondern auch dessen beabsichtigten Rang. Insofern entspricht der

1 Die h.M. gewährt deshalb dem geschäftlich auf - schiebend bedingt Berechtigten ein Anwartschaftsrecht, vgl. nur Palandt/Heinrichs, Einf. 3 b vor § 158.

2 wenngleich dies wegen der unattraktiven Verpfändungsmechanik des § 1205 II nur selten vorkommen wird.

3 Larenz, AT, § 13 III

4 So geht Egerts Auffassung, vgl. oben S. 67, Fn.4, § 1209 sei eine jeden Analogieschluß obsolet machende Spezialregel für die Rechtsbedingung, m.E. zu weit, da § 1209 nicht ausschließlich für den rechtlich, sondern auch für den geschäftlich bedingten Rechtserwerb gilt.

Gebundenheit des Verfügenden die Beständigkeit der dinglichen Erwerberposition.

bb) Ebenso liegt es beim rechtlich bedingten Erwerb. Auch hier ist der Tatbestand der Verpfändung vollendet, ein einseitiges Widerrufsrecht besteht nicht.¹ Der Wirkungseintritt hängt (nur) noch von einem außerhalb dieses Tatbestandes liegenden rechtlichen Umstand ab, der nicht kraft Parteiwillens, sondern kraft gesetzlicher Anordnung bzw. aus der Natur der Sache heraus zur Voraussetzung für die volle Wirksamkeit der intendierten Rechtsfolge erhoben wurde: der Entstehung der gesicherten Forderung.

Dieser Unterschied in der Provenienz der Bedingung rechtfertigt keine differenzierte Behandlung von Geschäfts- und Rechtsbedingung in diesem Bereich.²

Denn wie bei der geschäftlich bedingten Verfügung liegt in der rechtlich bedingten eine bindende "Machtentäußerung". Mit der Pfandhingabe hat sich der verpfändende Sacheigentümer bewußt und freiwillig seiner weiteren Verfügungsmacht über den Gegenstand begeben. Er wollte diesen (und keinen anderen) zu einem bestimmten Zeitpunkt aus seinem Gewahrsam einem möglichen künftigen Gläubiger äußerlich erkennbar als potentiellies Haftungsobjekt zuweisen. Er hat damit abschließend bekundet, daß diese bestimmte Sache³ ab dem Tag der Verpfändung diesem und keinem anderen Gläubiger verhaftet sein soll.

1 Die von der h.M. zugelassene Ausnahme vom Widerrufsverbot, wenn eine Partei ohne Wissen und Wollen in den Schwebezustand geraten ist, z.B. §§ 109, 178, 1830, vgl. v. Tuhr, AT, Bd. II, S. 351; Oertmann, Rechtsbedingung, S. 88; Egert, Rechtsbedingung, S. 88, wird hier regelmäßig nicht vorliegen.

2 so schon Lent, Rechtsstellung, S. 38 im Jahre 1937 und ihm folgend Boehmer, Hypothekarische Sicherung, S. 242 und Übergang, S. 174. Sie geben dem geschäftlich wie rechtlich bedingt Berechtigten ein Anwartschaftsrecht. Lent vergleicht in seinem Aufsatz die Rechtslagen bei aufschiebend bedingter Übereignung und bei Hypothekenbestellung vor Valutierung der Forderung.

3 als körperlichen Gegenstand. Davon zu trennen ist der in ihr verkörperte Wert, dessen Belastung nicht notwendig mit der Verpfändung eintreten muß, vgl.

Parallel dazu bewegen sich die Vorstellungen des künftigen Gläubigers. Er vertraut darauf, daß es bei der Zuweisung dieser Sache bleibt, und daß diese ihm bei weiteren Verpfändungen den Vorrang sichert. Es liegt im Interesse des kreditsuchenden Schuldners und des künftigen Gläubigers, für den Fall künftiger Kreditgewährung "vorausgesichert" zu sein. An der bindenden Zuordnung eines bestimmten Gegenstandes soll sich nach dem Willen der Beteiligten nach der Verpfändung nichts mehr ändern. Der Rechtsbestellungswille ist bei der rechtlich bedingten Verfügung genauso unbedingt wie bei der geschäftlich bedingten: Der Vollrechtserwerb soll nach den Vorstellungen der Parteien nicht mehr von einer weiteren rechtlich relevanten, auf dingliche Rechtsänderung gerichteten Willensbekundung des Verpfänders und des künftigen Pfandgläubigers abhängen.

Es besteht kein Grund, bei dieser Sachlage den rechtlich bedingt Berechtigten anders zu behandeln als den geschäftlich bedingt Berechtigten. Vielmehr wird man mit Rücksicht auf das Interesse des künftigen Pfandgläubigers, gegen erwerbsbeeinträchtigende Verfügungen des Verpfänders nach erfolgtem Bestellsungsakt gemäß § 1205 geschützt zu sein, die analoge Anwendung des § 161 I auf die rechtlich bedingte Verfügung befürworten müssen.¹

d) Zusammenfassend läßt sich bis hierher feststellen, daß auch die Verpfändung für eine künftige oder bedingte Forderung unter dem Schutz des § 161 steht.

Eine durch rechtsrelevante Handlungen unangreifbare, dem Vollrecht nahekommende Rechtsstellung erfordert aber neben der Bindung des Verpfänders im dinglichen Verhältnis den Ausschluß jeder parteilichen Einflußmöglichkeit auf den Eintritt der Rechtsbedingung. Solange das Entstehen der Forderung - so bei der künftigen Forderung² - in der Hand der Parteien des Schuldverhältnisses liegt,

1 so auch Egert, Rechtsbedingung, S. 83

2 vgl. dazu oben die Einteilung der Forderungsarten, S. 62, 64.

haben diese die Macht über die Pfandrechtsentstehung. Der Rechtserwerb kann durch die einseitige Weigerung des Schuldners, die Forderung zu begründen, ohne weiteres vereitelt werden. Mit der Vollrechtsposition läßt sich eine derart angreifbare Rechtsstellung des künftigen Pfandgläubigers nicht vergleichen.

e) Ohne bzw. gegen den Willen des Eigentümers kann das Pfandrecht nicht entstehen, wenn der Schuldner sich weigert, die künftige Forderung tatbestandlich zu begründen.¹

§ 162, der für die Geschäftsbedingung bei treuwidrigem Verhalten der belasteten Partei den Eintritt der Bedingung fingiert und so die beabsichtigte Rechtsfolge auch gegen den Willen des bedingt Verpflichteten herbeiführt, ist zwar nicht ausnahmslos auf Fälle der Rechtsbedingung unanwendbar², er ist es aber für diesen Sachverhalt gewiß.

§ 162 drückt den analogiefähigen³ allgemeinen Rechtsgedanken aus, daß niemand aus einem treuwidrigen Verhalten Vorteile ziehen darf. Zur Fiktion des Bedingungseintritts führt aber nur eine treuwidrige wirkliche Beeinflussung des Kausalverlaufs durch positives Tun oder (rechts-)pflichtwidriges Unterlassen. Das gewillkürte Unterlassen der Forderungsbegründung durch den Eigentümer der Pfandsache, der zugleich persönlicher Schuldner werden soll, hat mit dieser Fallkonstellation in zweifacher Hinsicht nichts zu tun.

Zum einen ist kein kontinuierlicher Kausalverlauf beeinflußt, wenn der Schuldner/Eigentümer die Begründung der

1 Gleiches gilt umgekehrt für den Fall, daß der Eigentümer/Schuldner sich weigert, das einst unverbindlich in Aussicht genommene Pfand für eine inzwischen begründete bedingte Forderung zu bestellen.

2 so aber die h.M., vgl. Palandt/Heinrichs, Anm. 1 zu § 162 m.w.N.

3 Palandt/Heinrichs, Anm. 4 zu § 162 befürworten die grundsätzliche Analogiefähigkeit.

Forderung nach erfolgter Sachverpfändung ablehnt. Denn aus dem bloßen Tatbestand der Verpfändung allein folgt eben nicht schon automatisch das Entstehen des Pfandrechts. Vielmehr geht das Gesetz selbst im Rahmen des Akzessorietätsprinzips von einem weiteren konstitutiven, rechtsgeschäftlichen Akt vor der Pfandrechtsentstehung aus: der Begründung der Forderung. Durch sie erfährt der auf Pfandrechtsentstehung gerichtete und mit der Verpfändung eingeleitete Kausalverlauf eine natürliche Zäsur. Es kann nicht von der Beeinflussung eines als zusammenhängend gedachten Kausalverlaufs gesprochen werden, wenn die Ursachenkette ganz legitim endet und es dem freien Willen des Schuldners/Eigentümers überlassen bleibt, ob er sie fortsetzen will. Dieser freie Wille verdient den Respekt der Rechtsordnung und kann nicht über die Fiktion des § 162 außer Geltung gesetzt werden.

Zum anderen wäre das Unterlassen der Forderungsbegründung niemals treu- bzw. pflichtwidrig. Denn aufgrund der Verfügung über die Sache ist der Rechtsbesteller nicht gehalten, das persönliche Forderungsverhältnis zu begründen. Beide Vorgänge sind rechtlich selbständige, der freien Willensentscheidung unterliegende Geschäfte.

Besonders deutlich zeigt sich diese Selbständigkeit, und damit die Unanwendbarkeit des § 162, wenn Eigentümer und persönlicher Schuldner verschiedene Personen sind.

Wie sollte hier der Schuldner einen selbst in Gang gesetzten Kausalverlauf unterbrechen, oder wie sollte er durch die Verfügung des Sacheigentümers in irgendeiner Weise an das (Begründen und) Entstehen der Forderung gebunden sein? An das Entstehen der Forderung kann er sich nur durch eine eigene und eigenständige rechtsgeschäftliche Handlung binden.

f) Im Ergebnis ist die Erwerbsposition des künftigen Pfandgläubigers nur dann sicher, wenn die Aktivseite insgesamt an die Entstehungsvoraussetzungen für das voll-

wertige Pfandrecht gebunden ist, d.h. der Verpfänder an seine dingliche Verfügung und der persönliche Schuldner an das Entstehen der Forderung.¹ Diese Doppelbindung² liegt nur bei der Verpfändung für eine bedingte Forderung vor. Tritt sie ein, ist die Rechtsposition des künftigen Pfandgläubigers gegen Erwerbsbeeinträchtigungen so geschützt, daß er dem Vollrechtsinhaber praktisch gleichsteht und mit Rücksicht auf seine oben³ dargestellten schutzwürdigen Interessen auch gleichgestellt werden sollte.

Sichert die Verpfändung dagegen lediglich eine künftige Forderung, läßt sich die Rechtsstellung des künftigen Pfandgläubigers infolge des Fehlens der Doppelbindung nicht mit derjenigen des Vollrechtsinhabers vergleichen. Die mit der Verpfändung eingeräumte Rechtsposition wird sich deshalb mit Rücksicht auf das Sicherungsinteresse des künftigen Pfandgläubigers im (rangwahrenden) berechtigten Besitz der Pfandsache erschöpfen.

1 diese Abhängigkeit von der Gebundenheit des künftigen Schuldners war auch schon dem römischen Recht nicht fremd, vgl. Regelsberger, Altersvorzug, §§ 11 und 16; zum Zustand der Gebundenheit vgl. auch Ihering, Passive Wirkung der Rechte, S. 482: ff. und Oertmann, Rechtsbedingung, S. 146, mit Quellennachweis.

2 die vor dem Hintergrund einer zweifachen Bedingtheit zu sehen ist, die Oertmann, Rechtsbedingung, S. 147 zutreffend so ausdrückt: "Bei einer Pfandrechtsbestellung für eine ..bedingte Forderung seien Haupt- und Nebenrecht formal auf verschiedene Weise bedingt: die Forderung "geschäftlich, das Pfand dagegen von Rechts wegen". Damit sei die Forderung vom Eintritt des als Bedingung gesetzten tatsächlichen Umstands, das Pfandrecht von der Entstehung der Forderung abhängig, was zwar sachlich eng zusammengehöre, logisch aber nicht dasselbe sei.

3 vgl. S. 28 ff.

4. Absolutheit der Rechtspositionen

Zu klären bleibt, inwieweit die durch die Verpfändung erlangten, je nach Art der Forderung variierenden Rechtsstellungen des künftigen Pfandgläubigers absolut, also auch gegenüber einem eventuellen Herausgabeanspruch des Eigentümers wirken und dem künftigen Pfandgläubiger ein eigenes Besitzrecht gewähren. Die Frage wird aktuell, wenn der künftige Pfandgläubiger seine Besitzberechtigung nicht von einem seinerseits berechtigten Besitzer gemäß § 986 I 1 ableiten kann, wie dies zum Beispiel beim Erwerb vom Nichtberechtigten der Fall ist.

Zweifellos gibt das entstandene Vollrecht, das Pfandrecht als beschränktes dingliches Recht ein absolutes Recht zum Besitz der Pfandsache.¹

Nach der Auffassung der herrschenden Meinung, die ein Pfandrecht unabhängig vom Bestehen der Forderung mit Einigung und Übergabe der Pfandsache gemäß § 1205 entstehen läßt, ergäbe sich für den Erwerb vom Nichtberechtigten die Konsequenz, daß der gutgläubige Pfandgläubiger auch ohne Bestehen der gesicherten Forderung mit der im übrigen mangelfreien Einigung und Übergabe der (nicht gestohlenen und nicht abhandengekommenen) Mobilie ein Pfandrecht daran und damit ein eigenes Besitzrecht gegenüber dem wahren Eigentümer erwirbt, §§ 1207, 932 ff. analog.

Kann nun der Inhaber einer "Vorstufe" des Pfandrechts für sich das gleiche Recht beanspruchen ?

Eine Analyse des Besitzrechts des gutgläubig vom Nichtberechtigten erwerbenden (vollwertigen) Pfandgläubigers (bei bestehender Forderung) zeigt, daß er sein Recht zum einen der Tatsache der gewollten Erlangung des Sach-

1 vgl. nur Medicus, MüKo, Anm. 1 a zu § 986; Manfred Wolf, Sachenrecht, Rdnr. 603

besitzes und zum anderen der in §§ 932 ff. zum Ausdruck kommenden Höherbewertung des Verkehrsinteresses vor dem (Erhaltungs-) Interesse des Eigentümers verdankt.¹

Wer den Besitz einer beweglichen Sache von einem anderen erwirbt, soll sich im Interesse der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs ohne große Nachforschungen auf die Zuständigkeit² des Rechtsbestellers oder Rechtsveräußerers, die sich im Besitz der Sache als Träger des Rechtsscheins manifestiert, verlassen können. Auch ohne Zutun des Eigentümers erwirbt der Gutgläubige ein Pfandrecht, das er dem Herausgabeanspruch des Eigentümers entgegensetzen kann.

Auch der Pfandrechts"anwärter" erlangt den Besitz an der Sache. Auch er vertraut darauf, vom Berechtigten Sache und Pfandrecht zu erwerben. Er ist in diesem vom Gesetzgeber als berechtigt angesehenem Vertrauen genauso schützenswert wie der Pfandgläubiger bei Bestehen der gesicherten Forderung. Auch hier müßte demnach das Interesse des Eigentümers an einer unbeeinträchtigten Vindikation hinter die Interessen des künftigen Pfandgläubigers zurücktreten.

Die ausschließliche Anknüpfung an Argumente des Rechtsscheins führte zu der Konsequenz, daß auch ein Gläubiger, der in keiner rechtlich verbindlichen Weise mit der Inanspruchnahme seines Vermögens durch einen Schuldner rechnen muß, - der Gläubiger einer künftigen Forderung - sich dem Herausgabeanspruch des wahren Eigentümers widersetzen und so dessen Sache praktisch auf unabsehbare Zeit zu äußerst ungewissen Zwecken behalten könnte. Diese Rechtsfolge scheint mir wenig überzeugend. Es besteht kein schützenswertes Interesse des künftigen Pfandgläubigers, das es

1 diese Interessengewichtung entspricht der h.M., vgl. nur Baur, Sachenrecht, § 1 II 3 b und öfter.

2 als Oberbegriff für die Rechtsinhaberschaft bzw. die Verfügungsberechtigung, vgl. § 366 III HGB.

rechtfertigte, dem Eigentümer aufgrund eines mehr oder weniger spekulativen Sachverhalts die Ausübung seiner Eigentumsbefugnisse zu versagen. Mit Rücksicht auf den grundrechtlich geschützten Wert des Eigentums ist bei der Preisgabe von Eigentumsaspekten und -befugnissen Zurückhaltung geboten. So wird zum Beispiel von Medicus¹ und Pikart² ein dingliches Besitzrecht des Anwärters beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt mit dem Argument abgelehnt, es bestehe weder Grund noch Notwendigkeit, den ehemaligen Eigentümer der Sache seine volle Rechtsstellung schon vor dem Bedingungseintritt (Kaufpreiszahlung) einbüßen zu lassen - worauf die Anerkennung einer dinglichen (Abwehr-) Position des Anwärters gegenüber dem Eigentümer ab Übergabe der Kaufsache praktisch hinausläufe -, da sich der Eigentumserwerb des Anwärters auch noch verwirklichen kann, wenn er den Besitz der Sache nicht mehr innehat. Solange also nicht berechnigte Belange Dritter eine abweichende Beurteilung erfordern, gebührt dem Eigentumsschutz der Vorrang.

Zwar kann sich anders als bei der aufschiebend bedingten Übereignung der Erwerb des Pfandrechts infolge des Faustpfandprinzips (vgl. §§ 1205 I, 1251 II, 1253 I) nicht vollenden, wenn der künftige Pfandgläubiger die Sache an den Eigentümer heraus-, also den Besitz daran willentlich aufgibt.³ Doch dem (Pfand-) Gläubiger einer bloß künftigen Forderung entstehen dadurch keine Nachteile. Denn er kann, solange noch nicht einmal der Rechtsgrund der zu sichernden Forderung gelegt ist, jederzeit von dem (nur geplanten) Kreditgeschäfts, etc., ohne rechtliches Risiko und wirtschaftlichen Schaden Abstand nehmen.

1 in MüKo, Rdnr. 9 zu § 986

2 in RGRK, Rdnr. 9 zu § 986

3 anders freilich, wenn sich der Eigentümer den Besitz ohne Wissen und Wollen des künftigen Pfandgläubigers verschafft hat.

Es ist ihm durchaus zumutbar, eine vom Nichtberechtigten erworbene Pfandsache an den wahren Berechtigten herauszugeben und sich erforderlichenfalls vom Verpfänder neue Sicherheit einräumen zu lassen. Der damit verbundene Aufwand ist allenfalls ideeller Natur und rechtfertigt keine vorzeitige Eigentumsbeeinträchtigung.

Ist dagegen eine bedingte Forderung pfandgesichert, büßte der künftige Pfandgläubiger mit der Herausgabe der Pfandsache an den Eigentümer die Chance ein, noch ein Pfandrecht zu erwerben. Er liefe damit Gefahr der ungesicherten Inanspruchnahme seines Vermögens, eine Gefahr, die die Hingabe der Pfandsache gerade bannen wollte. Es scheint mir unangemessen, den gebundenen Forderungsgläubiger quasi in das offene Messer rennen zu lassen. Gerechter wäre es, dem Gläubiger, der sich dem Entstehen der Forderung nicht mehr entziehen kann, den gleichen Schutz zuteil werden zu lassen wie dem Gläubiger einer bereits entstandenen Forderung. Er sollte sich dem Herausgabeanspruch des Eigentümers und dem damit verbundenen Erlöschen aller Pfandrechtserwerbschancen widersetzen können¹. Dies gelingt ihm nur als Inhaber einer absoluten Rechtsposition. Mit Rücksicht auf den erforderlichen Schutz des pfandgesicherten Gläubigers einer bedingten Forderung vor einer möglicherweise ungesicherten Inanspruchnahme seines Vermögens ist ihm ein absolutes Besitzrecht in der Schwebezeit zwischen Verpfändung und Entstehen der Forderung einzuräumen. Der Pfandeigner wird dadurch nicht mehr belastet, als er es bei Bestehen der Forderung wäre.

Der Gedanke der Akzessorietät stützt diese Erwägungen: Denn die Abhängigkeit des Sicherungsrechts vom Bestand der gesicherten Forderung schützt den Sacheigentümer nicht nur vor einer unberechtigten Verwertung,

1 vgl. zur Problematik der Herausgabepflicht des künftigen Pfandgläubigers, wenn feststeht, daß die gesicherte Forderung nicht mehr entstehen wird, unten S. 85 ff.

sondern beeinflusst darüberhinaus die jeweilige Stärke der Position des Sicherungsnehmers. Denn nach seiner Funktion bildet nicht das dingliche Recht den rechtlichen (Selbst-) Zweck seiner Existenz, sondern allein die gesicherte Forderung nach Maßgabe ihres Bestandes. Je mehr sich die Forderung ihrer Vollendung ohne weitere Mitwirkung der Parteien annähert, desto höherer Wert gebührt der Rechtsstellung des künftigen (Pfand-) Gläubigers. Die rechtliche Stärke des Hilfsrechts folgt wie ein Schatten der sukzessiven Entstehung des Hauptrechts. Dies führt zu der Konsequenz, daß das jeweilige Entstehungsstadium der Forderung stufenweise die Kraft des Hilfsrechts bestimmt. Diese Kraft wiederum gestaltet das Verhältnis seines Inhabers zum Eigentümer des Pfandes. Der Pfandesigner hat die Rechtsstellung des künftigen Pfandgläubigers notwendig, aber auch hinreichend aufgrund der bewußten Überlassung des Pfandgegenstandes so weit anzuerkennen, wie die Forderung reicht. Denn allein sie ist Ursache und Maß der Funktion des Pfandrechtes.¹

Als Fazit läßt sich demnach festhalten:

Die Rechtsposition des pfandgesicherten Gläubigers einer aufschiebend (geschäftlich oder rechtlich) bedingten Forderung ist absolut-dinglicher Natur und gewährt ein entsprechendes Besitzrecht gegenüber allen dritten Personen, insbesondere auch gegenüber dem Eigentümer der Pfandsache.

Die Rechtsposition des pfandgesicherten Gläubigers einer künftigen Forderung dagegen gewährt kein absolutes Besitzrecht, sondern nur eine Besitzberechtigung gegenüber der jeweiligen Partei des Verpfändungsvertrages.

1 vgl. dazu schon oben S. 33 ff.

VI. Rechte und Pflichten der Beteiligten

In diesem Abschnitt geht es um die Erörterung der aus dem schwebenden, noch unvollkommenen Pfandrechtsverhältnis erwachsenden Rechte und Pflichten der an ihm beteiligten Personen.

Konkret wird zu untersuchen sein, ob und inwieweit die Vorschriften der §§ 1204 ff. auf den Schwebestand zwischen Pfandbestellung und Pfandrechtsentstehung entsprechend anwendbar sind.

Der Thematik der Arbeit entsprechend werden die Grenzen der Ausführlichkeit dort gezogen werden müssen, wo es an Besonderheiten und Abweichungen gegenüber einem Pfandrecht für eine bestehende Forderung fehlt.

Der einzige Unterschied zur Rechtslage bei einem voll wirksamen Pfandrecht besteht in der Noch - Nicht- Existenz der gesicherten Forderung.

Es werden sich demnach a priori die Vorschriften einer analogen Anwendung auf den Schwebestand entziehen, die Bestehen oder Fälligkeit der Forderung voraussetzen, so zum Beispiel die Verkaufsregelung in §§ 1228 ff (die Pfandreife verlangt, § 1228 II 1), oder die Ablösungsrechte Dritter, § 1249, oder des Verpfänders, § 1223 II, die jeweils an das Bestehen der Forderung als Grundlage ihrer Erfüllbarkeit anknüpfen, vgl. § 271.

Auf der anderen Seite werden sich ohne ernste Bedenken all jene Regeln auf den Schwebestand übertragen lassen, die an den Besitz anknüpfen, da die Besitzverhältnisse vor und nach Entstehen der Forderung völlig gleichgelagert sind. Daß die Besitzberechtigung

des künftigen Pfandgläubigers nicht bei jeder Art einer künftigen Forderung gleich ist, könnte wiederum Differenzierungen unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessenlage erforderlich machen. Auf der Grundlage dieser Vorüberlegungen ergibt sich im einzelnen für die Zeit des Schwebezustandes

1. daß der künftige Pfandgläubiger

a) die Pfandsache verwahren muß, § 1215 analog.

Das Gesetz knüpft regelmäßig an die Innehabung des Sachbesitzes die (Nebenleistungs- oder Neben) Pflicht zur Gewährung von Raum und Obhut, soweit eine rechtliche Sonderbeziehung zwischen den Parteien besteht.¹ Die Pfandrechtsbestellung in Form von Einigung und Übergabe der Pfandsache² schafft eine solche Beziehung zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger.³ Wie schon oben ausgeführt,⁴ darf die Pfandrechtsentstehung nicht als konstitutive Voraussetzung des Entstehens eines Schuldverhältnisses überhaupt angesehen werden.⁵ Einigung und Übergabe vollziehen sich nicht im rechtsfreien Raum, sondern legen den (gesetzlichen Mindest-) Inhalt des künftigen Pfandrechts fest. Sie begründen als willensgetragene Akte der rechtlichen Selbstbestimmung zwischen den handelnden Personen

1 eine bedenkenlose Verallgemeinerung der §§ 688 ff. auf ähnliche Verhältnisse wäre wegen der spezifischen Interessenlage beim Verwahrungsvertrag nicht zulässig. Sorgfaltspflichten bei der Innehabung fremder Sachen entsprechen jedoch allgemein der Vorstellung des Gesetzes z.B. beim Mietvertrag, §§ 550, 553, 545, bei der Leihe, §§ 602, 603 S.1, beim Arbeitsvertrag bzgl. mitgebrachter Gegenstände des Arbeitnehmers, vgl. Palandt/Putzo, Anm.8 b dd zu § 611; beim Werkvertrag hinsichtlich übergebener Sachen des Bestellers, vgl. BGH NJW 1977, 376; beim Handelskauf § 379 HGB.

2 bzw. in der Form des § 1205 II

3 nicht auch zwischen Pfandgläubiger und (vom Verpfänder verschiedenen) Pfandeigentümer, wohl h.M.; vgl. nur Staudinger/Wiegand, Rdnr. 1 zu § 1215; aA Raiser, Anwartschaften, S.69, der auch den Eigentümer einbeziehen möchte.

4 S. 44

5 so auch Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, S.150; Lange, R., Pfandverhältnis, S.46, der obligatorischen Realvertrag annimmt, was heute als überholt anzusehen ist, so Staudinger/Wiegand, Rdnr.25, Vorbem. zu §§ 1204 ff.

- bzw. den von diesen Vertretenen - rechtliche Beziehungen, aus denen sich wechselseitig Rechte und Pflichten ergeben. Lehnte man eine analoge Anwendung des § 1215 ab, stünde der nur künftige Pfandgläubiger unbilligerweise besser als der gegenwärtige (Pfand-) Gläubiger, der die Pfandsache ordnungsgemäß verwahren muß.

b) die Pfandsache bei drohendem Verderb in Gemäßheit der §§ 1219 ff. versteigern oder freihändig verkaufen darf mit der Folge, daß der Erlös an die Stelle des Pfandes tritt, §§ 1219 III, 1220 I, III analog.

c) die Pfandsache vereinbarungsgemäß nutzen darf, §§ 1213, 1214 analog.

Der künftige Pfandgläubiger erlangt - in Abweichung von § 1212 - Eigentum an den Sachfrüchten gemäß § 954 mit deren Trennung von der Muttersache und Eigentum an mittelbaren Früchten, § 99 III, durch Übereignung.

Emmerich will dem nutzungsberechtigten künftigen Pfandgläubiger an den Früchten "einstweilen nur bedingtes Eigentum zubilligen"¹, da nicht anzunehmen sei, daß der erst künftige Berechtigte dauernde Rechtsvorteile erhalten soll.

Gegen Emmerichs Ansicht spricht aber der Wortlaut des § 1213 I, wonach sich die dingliche Nutzungsberechtigung auf den Pfand- "Bestellungs"-Akt gründet, und dieser ist unbedingt. Infolge der Unbedingtheit der Erklärungen kann auch nur eine unbedingte dingliche Berechtigung im Sinne von § 954 entstehen². Da es dem Belieben des Verpfänders

1 Pfandrechtskonkurrenzen, S. 151

2 es sei denn, die Parteien stellen den Erwerb der Nutzungsberechtigung rechtsgeschäftlich unter dieselbe Bedingung, unter der die Pfandrechtsentstehung steht; das Gesetz jedenfalls verlangt diesen Bedingungszusammenhang nicht.

überlassen bleibt, die Nutzungsbefugnis (bedingt¹) einzuräumen, ist es auch nicht unbillig, wenn er mit der Einräumung auch das Risiko eines eventuellen Bereicherungsausgleichs übernimmt.²

d) sich gegen Beeinträchtigungen seiner Rechtsposition verteidigen kann, mithin

aa) gemäß § 1227 analog iVm § 985 analog aufgrund seiner absoluten Rechtsstellung als (Pfand-)Gläubiger einer bedingten Forderung auch vom Eigentümer Herausgabe des Besitzes an sich verlangen kann, wenn dieser nicht den Sachbesitz vom künftigen Pfandgläubiger selbst oder mit dessen Einverständnis über Dritte erlangt hat, arg. § 1253.

bb) §§ 1227, 985 analog als Gläubiger einer künftigen Forderung nicht gegenüber dem Eigentümer geltend machen kann.

cc) gegenüber allen Störungen durch Dritte die allgemein aus der berechtigten Besitzposition erwachsenen Abwehransprüche gem. §§ 859 ff, 1007, 227 ff, 823 I, 812 ff. nebeneinander³ geltend machen bzw. sich gegenüber dem Verpfänder als Vertragspartner auf Rechte aus dem zugrundeliegenden Pfandbestellungsvertrag⁴ bzw. dem dinglichen Verpfändungsakt und die daraus entstehenden Rechte und Pflichten berufen kann.

1 vgl. oben S. 82 , Fn.2

2 das so groß nicht ist; denn steht fest, daß die zu sichernde Forderung nicht mehr entstehen wird (und damit eine Tilgung durch Anrechnung der Früchte, § 1214 II, nicht mehr möglich sein wird), haftet der "Pfandgläubiger" sowieso verschärft gemäß §§ 819 I 2. Alt., 818 IV, 292, 987 auf Herausgabe der rechtsgrundlos erlangten bzw. schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen.

3 soweit die allgemeine Anspruchsnormenkonkurrenz dies zuläßt; h.M. vgl. Staudinger/Wiegand, Rdnr.3 zu § 1227; Damrau in MüKo, Anm. I zu § 1227.

4 der als schuldrechtlicher Verpflichtungsvertrag zur Pfandbestellung deren Rechtsgrund iSv § 812 bildet und mit der dingl. Pfandbestellung zwar regelmäßig verbunden, vgl. Staudinger/Wiegand, Rdnr. 21, Vorb.zu §§ 1204 ff, jedoch rechtlich davon zu trennen ist; so schon RG v.26.11.1913 in JW 1914, 188 ff.

2. daß der Verpfänder

- a) korrespondierend zur Verwahrungspflicht des künftigen Pfandgläubigers diesem sachbezogene Aufwendungen ersetzen muß, § 1216 analog.
- b) die Pfandsache bei erheblicher Rechtsverletzung durch den künftigen Pfandgläubiger zurückverlangen kann, § 1217 analog¹.
- c) die Möglichkeit haben muß, die Pfandsache bei Ausbleiben des Sicherungsfalles zurückzuverlangen.

Das Gesetz bestimmt in §§ 1252, 1223 I, daß der Pfandgläubiger die Pfandsache nach dem Erlöschen der Forderung und damit des Pfandrechts, § 1252, an den Verpfänder zurückgeben muß.²

Wie aber, wenn die Forderung noch gar nicht entstanden ist und nicht mehr entstehen wird?³

aa) Die herrschende Meinung nimmt - aus ihrer Sicht konsequent - an, daß das (bestehende) Pfandrecht erlischt und das Pfand zurückgegeben werden muß, "wenn feststeht, daß die Forderung nicht zur Entstehung kommen wird".⁴

-
- 1 der von ihm verschiedene Eigentümer bleibt jedoch auf §§ 823, 1104 beschränkt, vgl. (für das vollendete Pfandrecht) Palandt/Bassenge, Anm. 2a zu § 1217
 - 2 den gleichen Anspruch hat der Eigentümer gem. §§ 985, 986
 - 3 Solange die Forderung noch entstehen, der Sicherungsfall also eintreten kann, besteht kein Rückforderungsrecht des Verpfänders, so BGH v. 3.2.1971 in NJW 71, 701 bzgl. der Verpfändung für eine bedingte Bürgenpflicht;
 - 4 h.M., vgl. nur Staudinger/Wiegand, Rdnr 27 zu § 1204, unter Rekurs auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 9.11.1934 in RGZ 145, 328 ff, in der bzgl. eines bedingten Schadenersatzanspruchs gem. § 717 II ZPO erkannt wird: "Dem Erlöschen der Forderung, für die das Pfandrecht besteht, ist ... bei dem Pfandrecht für eine künftige Forderung die Feststellung gleichzuachten, daß die Forderung nicht entstanden ist", aaO.S.336

bb) Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein Pfandrecht vor Existenz der Forderung noch gar nicht entstanden; demzufolge kann es auch nicht erlöschen.

Beendet werden allenfalls die aus dem Verpfändungsakt resultierenden, oben näher beschriebenen Vor- oder Zwischenwirkungen.

Die Problematik der zeitlichen Fixierung dieses Beendigungstermins stellt sich hier in gleicher Weise; sie wird nicht anders zu lösen sein.

In dem Zeitpunkt, in dem feststeht, daß die Forderung nicht mehr entstehen wird, ist das Besitzrecht des künftigen Pfandgläubigers beendet, er muß das Pfandobjekt an den Verpfänder bzw. an den Eigentümer zurückgeben.

Bei bedingten Forderungen ist Maßstab der Zeitpunkt, in dem die Bedingung wider Erwarten der Parteien nicht eintritt oder nicht mehr eintreten kann¹.

Bei künftigen Forderungen muß als Maßstab der Zeitpunkt dienen, in dem feststeht, daß die künftige Forderung nicht mehr begründet werden wird. Das ist regelmäßig der Fall, wenn mindestens eine der künftigen Forderungsparteien durch Erklärung an den anderen Teil von dem intendierten Geschäft Abstand nimmt.

Fehlen ausdrückliche Anhaltspunkte für einen entsprechenden Willen der Parteien, oder zögern sich Bedingungseintritt bzw. Forderungsbegründung unangemessen lange hinaus, wird man über das Fortbestehen der Besitzberechtigung des künftigen Pfandgläubigers nach den Regeln über Treu und Glauben entscheiden müssen.²

1 zum Beispiel, weil die Parteien des bedingten Forderungsverhältnisses den Bedingungseintritt durch eine konträre vertragliche Vereinbarung selbst einverständlich verhindern, wie in RGZ 145, 328 ff durch Abschluß eines Vergleichs nach der Begründung des Anspruchs, aber vor dessen Entstehung.

2 Zur Rechtsfolge, wenn der Eigentümer vom entstandenen Herausgabeanspruch keinen Gebrauch macht, vgl. nachfolgend cc).

cc) Ein beachtenswerter Unterschied zur herrschenden Meinung ergibt sich nach der hier vertretenen Auffassung zwar nicht im Zeitpunkt, wohl aber in der Wirkung des Ausbleibens des Sicherungsfalles.

So schreibt Wiegand¹: "Bestellt jemand für ein noch nicht vertraglich fixiertes Darlehen ein Pfand, so haftet dieses Pfand sicher nicht, wenn er nachher erklärt, daß er ein Darlehen nicht mehr in Anspruch nehme. Das Pfandrecht erlischt und lebt auch dann nicht wieder auf, wenn er später doch noch auf das Darlehensangebot eingeht."

Nach der hier vertretenen Auffassung kann das Pfandrecht nicht erlöschen, da es vor Entstehen der Forderung noch nicht bestand; lediglich die Besitzberechtigung des künftigen Pfandgläubigers erlischt.

Darin aber liegt ein wichtiger Unterschied. Verlangt der verpfändende Eigentümer die Pfandsache trotz des sicheren Ausbleibens des Sicherungsfalles, trotz des Erlöschens der Besitzberechtigung, nicht heraus, sondern läßt sie im Besitz des "Pfandgläubigers", so behält die tatbestandlich vollkommene Verpfändung ihre Bedeutung und führt unmittelbar zur Pfandrechtsentstehung, wenn die Forderung später infolge Kreditgewährung doch noch entsteht.

Dies gilt auch, wenn die Kreditierung mit der ursprünglich in Aussicht genommenen nichts zu tun hat. Denn der verpfändende Eigentümer gibt durch die weitere Besitzüberlassung zu erkennen, daß diese spezielle Sache zur Sicherung (irgend-) einer künftigen Forderung dienen soll, deren Gläubiger bereits feststeht. Der andauernde, unbeeinträchtigte Besitz des Pfandgläubigers signalisiert dem betroffenen Gläubiger sowie Dritten unmißverständlich, daß der Haftungswille des Eigentümers zugunsten eines bestimmten Gläubigers fortbesteht.

Fordert der Eigentümer seine Sache aus Nachlässigkeit oder Unkenntnis des Ausbleibens des Sicherungsfalles²

1 in Staudinger, Rdnr. 27 zu § 1204

2 bei Personenverschiedenheit von Schuldner und Pfandeigentümer.

nicht zurück, so muß er sich aufgrund des fortwirkenden Rechtsscheins an der Verpfändung festhalten lassen. Denn auch der Gläubiger, der weiß, daß die ursprünglich pfandgesicherte Forderung nicht mehr entstehen wird, kann zu Recht davon ausgehen, daß der Eigentümer sich um den Verbleib seiner Vermögensgegenstände kümmert und diese zurückholt, wenn sie dem zunächst ins Auge gefaßten Zweck nicht länger dienen sollen.¹ Rechtsklarheit und Rechtssicherheit gebieten, daß sich die Beendigung der Sach- (und Haftungs-) zuordnung in gleicher Weise vollzieht wie ihre Begründung. Das Gesetz sieht dies in §§ 1254, 1253 I ausdrücklich vor: Das Pfandrecht erlischt nicht schon mit dem begründeten Herausgabeverlangen des Verpfänders oder Eigentümers, sondern erst mit der Besitzrückgabe.^{1a} Das endgültige Ausbleiben der sich möglicherweise aus der Verpfändung (als "actus primus") ergebenden Rechtsfolge der Pfandrechtsentstehung sollte deshalb nicht an das sich nur zwischen Gläubiger und Schuldner - nach außen unsichtbar - abwickelnde konkrete, eine bestimmte Forderung betreffende Schuldverhältnis, sondern an die Rückübertragung des Sachbesitzes (als "actus contrarius") anknüpfen. Beläßt der Eigentümer dem künftigen Pfandgläubiger die verpfändete Sache, kann aus dieser Verpfändung noch Pfandrecht entstehen. Dieses Pfandrecht hat Rang vom Tag der Verpfändung und Vorrang vor einem Pfandrecht aus einer zeitlich später erfolgten Verpfändung, selbst wenn aufgrund dieser zweiten Pfandbestellung der "zweite" Pfandgläubiger zeitlich früher valutiert haben sollte.² Will ein zweiter Pfandgläubiger ein erstrangiges Pfandrecht erwerben, muß er eben unmittelbare Besitzübertragung verlangen. Dazu ist der Verpfänder in der Lage, sobald das alte "Pfandrechtsverhältnis" durch Rückgabe der Sache nach außen hin erkennbar und unbestreitbar beendet ist.

-
- 1 Einen ausnahmsweisen Rückgabeanspruch wird man trotz Forderungsvalutierung dem Eigentümer bei kollusivem Zusammenwirken von Gläubiger und Schuldner zur Erschleichung der Sicherheit geben müssen.
- 2 vgl. RG in GruchB 56, 995; zur Rangfrage insoweit unzutreffend wiedergegeben bei Staudinger/Wiegand, Rdnr. 27 zu § 1204.
- 1a Mangels Bestehens einer Forderung läßt sich für die Beendigung von Befugnissen des künftigen Pfandgläubigers nicht auf forderungsabhängige Vorschriften wie etwa § 1252 abstellen.

VII. Der Rang des künftigen Pfandrechts

"Für den Rang des Pfandrechts ist die Zeit der Bestellung auch dann maßgebend, wenn es für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt ist." So der Wortlaut des § 1209.

Angesichts dieser eindeutigen Vorschrift könnte man jedes weitere Wort zur Rangfrage als verlorenes betrachten. Denn schon an früherer Stelle¹ wurde ausgeführt, daß § 1209 nur aus historischen Gründen zur Klärung einer gemeinrechtlichen Kontroverse in das BGB aufgenommen wurde, über die Frage des Zeitpunkts der Pfandrechtsentstehung nicht entscheide, sondern eben nur die Rangfrage regle.

Wozu also ein nochmaliges Aufgreifen dieser Norm ?

Weil die dogmatische Klärung ihrer Funktion noch aussteht und man auch zweifeln kann, ob § 1209 die Rangordnung wirklich verbindlich für alle Arten von gesicherten Forderungen aufstellt.

1. Dogmatische Einordnung

a) Geht man davon aus, daß für die Rangordnung zwischen (beschränkten) dinglichen Rechten grundsätzlich deren Entstehungszeitpunkt maßgeblich ist², so enthält § 1209 in der Tat eine Ausnahme von diesem Grundsatz³.

Nimmt man dagegen an, daß der Rang sich an der dinglichen Verfügung, dem Rechtsbestellungsakt orientiert, so wiederholt und stützt § 1209 nur dieses Prinzip.

1 oben S. 17 ff.

2 so zum Beispiel Baur, Sachenrecht, § 17 B I 3

3 freilich ausdrücklich nur dann, wenn man der hier vertretenen Auffassung folgt, daß mit der Verpfändung allein nicht sofort ein wirksames Pfandrecht besteht, solange die gesicherte Forderung noch nicht existiert.

An welches Moment knüpft die Priorität eines Rechts nun an ?

Als Anschauungsmaterial dürfen nicht Fälle herangezogen werden, in denen Bestellungs- und Entstehungszeitpunkt des Rechts zusammenfallen, wie etwa bei der Pfandrechtsbestellung für eine gegenwärtige Forderung. Infolge der zeitlichen Identität beider Momente läßt sich nicht erkennen, an welchem sich der Rang ausrichtet. Feststellen ließe sich allenfalls, daß spätestens die Entstehung des Rechts auch seine Rangstelle bestimmt.

Aussagekräftig werden nur Beispiele sein, bei denen Tatbestandsvollendung und Rechtswirkung zeitlich auseinanderfallen.

aa) So steht die Wirksamkeit der Vorauszession unter der (Rechts-)Bedingung der Entstehung der zedierten Forderung.¹ Für das Verhältnis zwischen mehreren, sich widersprechenden (Voraus-)Abtretungen gilt nach ständiger Rechtsprechung² das Prioritätsprinzip, wobei sich der Vorrang der einzelnen Abtretungen an der Zessionsverfügung orientiert und nicht an deren später infolge der Forderungsentstehung eintretenden Wirkung.³

bb) Bei der Bestellung einer Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung entsteht "zunächst eine (vorläufige) Eigentümergrundschuld, §§ 1163 I, 1177, die sich unter Beibehaltung ihres Ranges

1 vgl. BGH WM 1960,395; bei der Zession einer bedingten Forderung erwirbt der Zessionar mit der Abtretung ein Anwartschaftsrecht, bei der Zession einer künftigen Forderung nur eine Erwerbsaussicht, so BGH NJW 1955, 544 vom 5.1.1955. Nach der hier vertretenen Auffassung von der Doppelbindung, vgl. oben S. 74, eine einleuchtende Rechtsfolge; nur bei der Zession einer bedingten Forderung ist die Aktivseite insgesamt gebunden: Der Zedent an seine Verfügung, der Drittschuldner an das Entstehen der bedingten Forderung.

2 z.B. BGHZ 30, 149,151; 32, 357,363 = NJW 1960,1712, 1713.

3

anders die Entscheidung des BGH in NJW 1968, 1516, 1517, die aber keine Gefolgschaft gefunden hat, vgl. nur Serick, Eigentumsvorbehalt, Band IV, S. 383.

mit Entstehen der Forderung in eine Hypothek verwandelt"¹.

Aus dieser Formulierung ließe sich folgern, daß der Rang der Hypothek an die Entstehung eines Grundpfandrechts schlechthin und nicht an den Bestellungszeitpunkt des (künftigen) Hypotheken-Fremdrechts anknüpfe.

Ist damit die Hypothek für eine bedingte oder künftige Forderung nicht eher ein Beispiel für die These des unmittelbaren Zusammenhangs zwischen Priorität und Rechtsentstehung ?

Zweierlei spricht dagegen:

Zum einen läßt sich infolge der zeitlichen Identität von Rechtsbestellung (Einigung und Eintragung des Hypothekars in das Grundbuch) und Rechtsentstehung (hier: der Eigentümergrundschild als Grundpfandrecht) nicht mit Sicherheit sagen, an welchem dieser Ereignisse sich die Rangordnung letztlich ausrichtet; beide Zeitpunkte sind logisch denkbar.

Zum anderen führt eine auf der Grundlage dieser logischen Neutralität angestellte wertende Betrachtung eher zu der Annahme, daß der Rang sich nicht nach dem Entstehungszeitpunkt des Grundpfandrechts überhaupt, sondern nach dem Bestellungszeitpunkt des Fremdgrundpfandrechts bestimmt². Die Parteien wollen nämlich nicht irgendein Grundpfandrecht, namentlich eine Eigentümergrundschild bestellen und sofort entstehen lassen, sondern eine Hypothek, ein Fremdrecht. Dieser Wille manifestiert sich auch nach außen durch die Eintragung des künftigen Hypothekars (und nicht des Eigentümers !) als Rechtsinhaber im Grundbuch. Alles spricht dafür, daß bei dem Verfügungsakt

1 diese Formulierung von Palandt/Bassenge, Anm. 4 e zu § 1113 entspricht der h.M.

2 es handelt sich dabei freilich nicht um zwei verschiedene, getrennte Verfügungen; der Unterschied besteht nur in der Betrachtung aus verschiedenen Blickwinkeln.

der Parteien die Schaffung eines Fremdrechts im Vordergrund steht. Diese Fremdbezogenheit verleiht der dinglichen Bestellung ihr wesentliches Gepräge. Die Entstehung der Eigentümergrundsschuld ist bloße positivrechtlich angeordnete Nebenfolge aus §§ 1163 I, 1177, die der Rangerhaltung dient, aber über die Rangbegründung nichts aussagt.

Es hieße den von den Parteien bestimmten und gewollten Bedeutungsgehalt dieser Verfügung verzerren, wollte man die an sie anknüpfende Rangordnung nun mit der Entstehung des Grundpfandrechts in Verbindung bringen.

Viel näher kommt dem Charakter des Rechtsgeschäfts doch die Annahme, daß die Parteien mit der dinglichen Bestellung der Hypothek auch deren Rangstelle bestimmen.

Wenn schon die Logik zwei Lösungsmöglichkeiten bietet, sollte man sich für die dem Parteiwillen am nächsten kommende Alternative entscheiden und sich der Annahme einer Bindung der Priorität an den Beststellungszeitpunkt der Hypothek nicht verschließen.

cc) Auch § 185 II 2 stützt den Gedanken, daß die Priorität von Rechten bei Auseinanderfallen von Verfügung und Verfügungswirkung an den Verfügungstatbestand anknüpft. In den dort genannten Fällen der Konvaleszenz wird bei kollidierenden Verfügungen derselben Person nur die zeitlich frühere Verfügung wirksam, unabhängig davon, wann jeweils die Wirkung der einzelnen Verfügungen eingetreten ist.

dd) § 184 II, der einer zeitlich vor der Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten liegenden eigenen Verfügung des Genehmigungsberechtigten (trotz der Rückwirkung der Genehmigung, § 184 I) die

Wirksamkeit beläßt, schränkt das an die zeitlich frühere Verfügung anknüpfende Prioritätsprinzip insoweit nicht ein.

Denn § 184 II betrifft nur die Bestimmungsfreiheit des Genehmigenden (die Genehmigung zu erteilen, sie zu verweigern oder Gegenverfügungen zu treffen), während das an die Verfügung anknüpfende Prioritätsprinzip nur den (mit dem Genehmigenden nicht identischen und durch sein eigenes rechtliches Können beschränkten) Verfügenden und seine Gläubiger an widersprechenden Verfügungen hindert¹.

§ 184 II regelt also gar nicht den Fall, daß ein und dieselbe Person zwei widersprechende Verfügungen trifft. Die Lösung dieses Konflikts bleibt dem Prioritätsprinzip und seinem uneingeschränkten Bezug zur Erstverfügung vorbehalten.

b) Faßt man den Rang als für Umfang und Durchführung eines dinglichen Rechts "wesentliche Eigenschaft"² des Rechts oder als Inhaltsfaktor³ auf, so ist es nur legitim, seine Wirkung schon da beginnen zu lassen, wo der Inhalt des Rechts auch festgelegt wird, bei der Verfügung.

Denn mit Abgabe der auf die Rechtsbestellung zielenden Erklärung des Verfügenden hat dieser die ihm über das Recht zustehende Verfügungsmacht ausgeübt⁴ und sich ihrer damit für die Zukunft begeben⁵.

Gegenstand dieser Verfügungsmacht ist das Recht in seinen vielfältigen inhaltlichen Ausprägungen, zu denen auch der Rang zählt.

Die Verfügung über das Recht erfaßt den Rang.

1 Egert, Rechtsbedingung, S. 84

2 RG in JW 1933, 605, 606; v. Tuhr, AT § 13 II

3 Baur, SachenR, § 17 A I; Westermann, SachenR, S. 397

4 vgl. Spindler, Rang von Pfandrechten, S. 456

5 Larenz, Schuldrecht AT, § 34 III ; Serick, Eigentumsvorbehalt, Bd. IV § 49 I 2 b

c) Gemeinsam ist allen oben erwähnten Beispielen , daß Priorität und Publizität parallel laufen, mit anderen Worten, daß beide Kriterien durch denselben rechtsgeschäftlichen Akt, die nach außen hin sichtbare Verfügung, verwirklicht werden.

Rangordnung und Publizität sind allgemeine Mittel zur Interessengestaltung im Verhältnis zu Dritten.¹ Die Offenkundigkeit macht Rechtsänderungen nach außen hin transparent, die Rangordnung stellt diese Rechtsänderungen in eine bestimmte Reihenfolge.

Es kann der Sicherheit des Rechtsverkehrs nur dienlich sein, die Rangordnung durch unmittelbare Verbindung mit Publizitätsakten nach außen wahrnehmbar zu gestalten.

Dem positiven Recht ist die genannte Parallele im Interesse der Rechtssicherheit wohl bekannt:

§ 879 I 1 bzw. II stellt klar, daß sich das Rangverhältnis mehrerer im Grundbuch eingetragener Rechte nach dem Zeitpunkt der Eintragung bestimmt, und zwar ausdrücklich unabhängig vom Bestehen des Rechts, vgl. § 879 II.

Der Rang soll sich also nicht nach der Entstehung des Rechts richten, da dieser Zeitpunkt - wenn er nicht mit dem Rechtsbestellungsakt zeitlich zusammenfällt - nach außen nicht erkennbar wird², sondern nach dem Zeitpunkt der dinglichen Verfügung. Setzt diese sich - wie regelmäßig - aus mehreren Teilakten (zB Willenserklärungen und tatbestandsmäßige Handlungen) zusammen, so spielt das der Publizität unterliegende Teiltatbestandsstück die bestimmende Rolle.

1 Westermann, Sachenrecht, § 92 II 6

2 Palandt/Bassenge, Anm. 16 zu § 879

Schon im Interesse des Verkehrsschutzes ist es nicht unbillig, diesen in § 879 enthaltenen Gedanken auf das Gebiet der(mehrfachen)Belastung von Mobilien zu übertragen und die Rangordnung mehrerer an einer Sache bestehender Pfandrechte untereinander nach dem Zeitpunkt der dinglichen Verfügung, oder, noch konkreter, nach dem Zeitpunkt der nach außen hin erkennbaren Besitzübertragung gem. § 1205 I zu bestimmen. Zur Wirkung gelangt diese Ordnung des Rangverhältnisses freilich nur, wenn die Besitzübertragung von einer entsprechenden Einigung der Parteien begleitet oder nachgefolgt wird.

d) Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der Rang eines Pfandrechtes sich schon aus allgemeinen Erwägungen und prinzipiellen (Wert-) Entscheidungen des Gesetzes bestimmt

- nach dem Zeitpunkt der Vollendung des Verpfändungstatbestandes, falls dieser sich einheitlich verwirklicht, bzw.
- nach dem Zeitpunkt der Besitzübertragung, falls der Verpfändungstatbestand sich sukzessiv verwirklicht.

§ 1209 ist insofern lediglich als (weitere) Stütze dieser Grundsätze aufzufassen; konstitutive Bedeutung kommt ihm nicht zu.¹

1 Diese Auffassung entspricht auch der Intention des Gesetzgebers, vgl. dazu oben S.17, der § 1209 erst nach längerem Zögern in das BGB aufnahm, da er durch diese Vorschrift nicht das Mißverständnis heraufbeschwören wollte, daß das Prioritätsprinzip nicht für alle dinglichen Rechte gelte, sondern -wegen § 1209- offenbar nur für das Pfandrecht.

2. Geltung des § 1209 für alle Arten künftiger Forderungen ?

a) Oertmann¹ bezweifelt dies. Er läßt die Wahrung des Ranges "angesichts der positiven Vorschrift des § 1209" jedenfalls für solche Verpfändungen gelten, die für eine "bedingte Schuld und eine solche künftige, für deren demnächstige Entstehung schon der Grund bindend gelegt ist"², vorgenommen werden, nicht hingegen bei Verpfändungen für künftig möglicherweise entstehende Forderungen, da es sich dabei um "rein spekulative Geschäfte handeln (würde), die wegen der Unübersehbarkeit ihrer Folgen leicht unvorhersehbare Nachteile für die eine oder andere Partei mit sich bringen."³

b) Auch Eccius⁴ will die durch § 1209 angeordnete Rangfolge nur wirken lassen, wenn der künftige Schuldner bezüglich der Entstehung der Forderung gebunden war.

Bestand keine solche Bindung gegenüber dem späteren (Pfand-) Gläubiger, so soll dieser auch keinen Vorrang vor einem zweiten Pfandgläubiger genießen, der zwar erst später Verpfändungspartei geworden ist, aber noch vor Entstehung der Forderung in der Person des ersten Pfandgläubigers seinerseits valuiert hat.

Zur Begründung führt Eccius an, der Verpfänder habe, solange er hinsichtlich der Forderungsentstehung nicht gebunden sei, einen sofortigen Bereicherungsanspruch gegen den (ersten) Pfandgläubiger auf Herausgabe der

1 Rechtsbedingung, S. 146 ff.

2 aaO.S. 147; Oertmanns Unterscheidung ist hier sachlich irrelevant, da die getrennt aufgeführten Arten v.Forderungen inhaltlich völlig gleich sind.

3 aaO.S. 148

4 in Gruchot's Beiträge 50,500; inhaltlich von Staudinger/Wiegand, Rdnr. 27 zu § 1204⁴ falsch wiedergegeben.

Pfandsache, dem der Pfandgläubiger eben wegen fehlender Bindung des Verpfänders nicht die "Einrede des Pfandrechts"¹ entgegenhalten könne.²

Eine so schwache Position sei nicht rangwährend.

c) Das Reichsgericht greift in seiner schon genannten Entscheidung vom 22. Mai 1912³ diesen einschränkenden Gedanken von Eccius auf und lehnt ihn unter Hinweis auf die ausdrückliche Vorschrift des § 1209 ab.⁴

Der Begriff der künftigen Forderungen in §§ 1204 II und 1209 umfasse alle Forderungen, "deren zukünftige Entstehung bei der Pfandbestellung in Aussicht genommen wurden". Daher seien auch solche "nach der Pfandbestellung entstehende Forderungen, die ihren Entstehungsgrund nicht in einem zur Zeit der Pfandbestellung bereits abgeschlossenen, sondern in einem späteren Rechtsgeschäfte haben, künftige Forderungen im Sinne des § 1209"⁵.

d) Der Wortlaut des § 1209 spricht ohne weiteres für diese Auslegung des Reichsgerichts.⁶
Auch Interessenabwägungen erfordern keine abweichende Beurteilung.

Der künftige Pfandgläubiger ist zu Recht darauf aus, durch eine möglichst frühzeitig ansetzende Rangordnung im Verhältnis zu anderen Pfandgläubigern gesichert zu sein. Mit Rücksicht auf sein Interesse ist eine Anknüpfung des Ranges an den Zeitpunkt des Verpfändungsaktes auch bei einer "erst künftig möglichen" Forderung sinnvoll.

1 Eccius, Fahrnispfand, S. 502

2 Daß dies so nicht stimmt, vgl. oben im Zusammenhang, insb. S. 75 ff.

3 in GruchB 56, 995, vgl. oben S. 7, Fn.3

4 aaO.S. 997

5 aaO.S. 996

6 wie auch Oertmann, Rechtsbedingung, S. 147 und Eccius, Fahrnispfand, S. 503, einräumen.

Auf der anderen Seite entsteht dem Sacheigentümer kein Nachteil aus der Rangordnung, da diese nur individuelle Gläubigerkonflikte löst¹, also das Verhältnis mehrerer Gläubiger untereinander betrifft.

Oertmanns Bedenken teile ich nicht.

Wenn der Verpfänder seine Sache für eine künftige Forderung haften lassen möchte und sie deshalb zur Rangwahrung schon weit vor Begründung und Entstehung der Forderung an den künftigen (Pfand-) Gläubiger übergibt - übrigens ein wohl mehr theoretischer Fall -, warum sollte sich eine auf Privatautonomie basierende Rechtsordnung dagegen stellen? Allein die Tatsache, daß das Rechtsgeschäft für den Verpfänder "unübersehbare Nachteile" bringen könnte, rechtfertigt keine Beschränkung der Vertragsfreiheit, auf die jede Reduktion des Bedeutungsgehalts des § 1209 letztlich hinausliefe.

Auch der Einwand von Eccius überzeugt nicht.

Zwar ist richtig, daß der zweite Pfandgläubiger durch die Valutierung früher ein voll wirksames Pfandrecht erwirbt als der zeitlich später valutierende erste Pfandgläubiger; gleichwohl steht diesem infolge der zeitlich früher erfolgten Verpfändung der Vorrang zu, selbst wenn der Schuldner ihm gegenüber hinsichtlich des Entstehens der Forderung noch in keiner Weise gebunden war.

Entgegen Eccius halte ich dieses Ergebnis nicht für ungerecht. Aufgrund des besonderen Verpfändungsmechanismus des § 1205 II für eine Zweitverpfändung² weiß der zweite Pfandgläubiger, daß diesselbe Sache früher schon an eine andere Person verpfändet wurde.

1 Reich, Reform der Kreditsicherung, S. 464

2 mittels Abtretung des -künftigen-Herausgabeanspruchs gegen den ersten Pfandgläubiger und Anzeige der Abtretung an diesen, vgl. dazu näher unten im Zusammenhang "Zweitverpfändung".

Er muß demgemäß - unabhängig von dem ihm regelmäßig unbekannten Stand der Forderung - damit rechnen, nur eine nachrangige Position durch diesen Verpfändungsakt zu erlangen. Tritt dieser Erfolg dann tatsächlich ein, so realisiert sich in ihm nur das bewußt eingegangene Risiko eines jeden Sicherungsnehmers, der im Bewußtsein des (möglichen) Bestehens einer anderen Sicherheit ein weiteres Sicherungsgeschäft bezüglich desselben Objekts eingeht.

e) Nach all dem wird man mit dem Reichsgericht § 1209 so verstehen können, daß diese Vorschrift bei allen Arten künftiger Forderungen den Rang des (später entstehenden) Pfandrechts sichert.

Anders als bei der Hypothek oder auch der Vormerkung, die zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche in das Grundbuch eingetragen werden kann,¹ § 883 I 2, wirkt beim Mobiliarpfandrecht schon die Rechtswirklichkeit als sinnvolles Regulativ, sodaß auf eine rechtliche Zulassungsbeschränkung von rangwahrenden Verpfändungen für "spekulative" künftige Forderungen verzichtet werden kann.

Aus Sorge vor einer Überfrachtung² des Grundbuchs mit mehr oder weniger unsicheren - und in der wirtschaftlichen Praxis weit häufiger vorkommenden - Rechten wird man an einer solchen Beschränkung³ wohl festhalten müssen.

1 vgl. zur Problematik der Vormerkbarkeit künftiger oder bedingter Ansprüche BayObLG vom 21.10.1977 in NJW 1977, 1781 = DNotZ 1977, 247; Lichtenberger, NJW 1977, 1755; Ertl, DRPfl 1977, 345 und neuerdings Denck, NJW 1984, 1009.

2 vgl. Lichtenberger, NJW 1977, 1755, 1758

3 Palandt/Bassenge, Anm. 2 e zu § 883

B. Die Rechtsübertragung und -verpfändung

Eine "Weitergabe des Pfandrechts" ist ausnahmslos nur in Form der Zession (gemäß §§ 1250 I, 398) oder der Verpfändung der pfandgesicherten Forderung (gemäß §§ 1273 I, II, 1274, 398, 1280) möglich. Als Einzelrecht läßt sich das Pfandrecht nicht weitergeben, § 1250 I 2.

Bei solchen Verfügungsvorgängen in Form von Zession oder Verpfändung geht es letztlich nicht mehr um das Pfandrecht an Fahrnis nach § 1204, sondern um die Frage der Pfandrechtsentstehung an Rechten, §§ 1273 ff.

Um den Rahmen der Arbeit nicht zu verlassen, muß auf eine vertiefende Untersuchung der mit diesem Problemkreis zusammenhängenden Aspekte verzichtet werden. Ein kurzes Anschneiden des Gebiets sei jedoch erlaubt.

I. So scheint mir insbesondere von Interesse die Zession einer künftigen oder bedingten pfandgesicherten Forderung mit der Frage, ob und wann der Zessionar ein Pfandrecht erwirbt.

1. Nach herrschender Meinung erlangt der Zedent durch die Pfandbestellung ein vollgültiges Pfandrecht an der Sache des Eigentümers, da es auf das Bestehen der gesicherten Forderung nicht ankommt. Der Zessionar erwirbt das Pfandrecht in dem Zustand, "in dem es sich bei dem Zedenten befand"¹. Danach erwürbe dieser also durch die Zession ein nach Inhalt und Umfang vollwirksames Pfandrecht, wie es schon beim Zedenten bestand.

Andererseits entspricht es auch herrschender Auffassung, daß die Abtretung einer künftigen Forderung erst mit deren Entstehung wirksam wird², d.h., daß sich die ge-

1 Staudinger/Wiegand, Rdnr. 3 zu § 1250

2 so schon RG vom 2.5.1913 in RGZ 82, 227, 231 und RG vom 14.12.1910 in RGZ 74, 416, 418/419; Egert, Rechtsbedingung, S. 60 und 166; Knorr, Rechtsbedingung, S. 89; Palandt/Heinrichs, Anm. 4 c zu § 398 m.w.N.

wollte Rechtsfolge, der Gläubigerwechsel, erst mit Entstehen der zedierten Forderung vollzieht. Die Pfandrechtsentstehung in der Person des Zessionars ist aber an die Erlangung der Gläubigerstellung gebunden. Nur der Gläubiger der Forderung wird (gleichzeitig) Pfandgläubiger, § 1250 I. Der Pfandrechtsübergang kann infolgedessen niemals vor Vollzug des Gläubigerwechsels, dieser wiederum nicht vor Entstehen der zedierten Forderung geschehen.¹ Ein Pfandrechtserwerb des Zessionars durch den bloßen Tatbestand der Zession ist damit ausgeschlossen.

2. Nimmt man die herrschende Meinung beim Wort, wird die Lösung widersprüchlich. Dem ist die hier vertretene Auffassung nicht ausgesetzt. Vielmehr ergibt sich aus ihr ganz zwanglos, daß der Zessionar mit der Abtretung "das Pfandrecht" so erwirbt, wie es beim Forderungszedenten bestand: als weitgehend gesicherte, absolute, dem Vollrecht ähnliche Rechtsposition, oder aber als unsichere Erwerbsaussicht auf ein künftiges Pfandrecht. Das Entstehen des vollwirksamen Pfandrechts in der Person des Zessionars ist insofern zweifach bedingt; entsteht die gesicherte Forderung, werden Vorauszession und Pfandrechtserwerb gleichzeitig wirksam.

3. Die noch offene Frage, ob der Zedent das Pfandrecht für eine "logische Sekunde" selbst und der Zessionar es nur als sein "Rechtsnachfolger"² erwirbt (Durchgangserwerb), oder ob es sofort und unmittelbar mit Eintritt der Bedingung in der Person des Zessionars entsteht (Direkterwerb), wird man mit Rücksicht auf den Führungscharakter des Hauptrechts in Anlehnung an die zutreffende, differenzierende Auffassung zu Direkt- und Durchgangser-

1 ähnlich zu dieser Sachlage hat der BGH (Z 26, 142, 148) festgestellt, daß der Zessionar einer künftigen Forderung vor deren Entstehung keine Rechte aus einer gem. § 401 der Forderung folgenden Bürgschaft herleiten kann, denn "nur soweit Kredit.. gewährt worden ist", habe der Zedent "Rechte aus der Bürgschaft", die mit der Zession auf den Zessionar übergehen können.

2 vgl. dazu Larenz, Schuldrecht AT, § 34 III

werb bei der Vorausabtretung von Forderungen¹ beantworten können.

Wurde eine pfandgesicherte Forderung abgetreten, für die der Rechtsgrund im Zeitpunkt der Zession bereits gelegt war, also eine geschäftlich oder rechtlich bedingte Forderung, erwirbt der Zessionar Forderung und Pfandrecht unmittelbar, sein mit der Abtretung an Forderung und Pfandrecht erlangtes Anwartschaftsrecht erstarkt mit Bedingungseintritt zum Vollrecht (Direkterwerb).

Wurde dagegen eine Forderung abgetreten, für die der Rechtsgrund im Zeitpunkt der Zession noch nicht gelegt war, also eine künftige Forderung, findet Durchgangserwerb statt.

II. Bei der Verpfändung der pfandgesicherten künftigen oder bedingten Forderung gem. §§ 1273, 1274, 398, 1280 erwirbt der Drittgläubiger mit der Entstehung der gesicherten Forderung ein vollwirksames Afterpfandrecht an Forderung und Pfandrecht des Vertragspfandgläubigers. Bei Pfandreife seiner Forderung kann er in analoger Anwendung des § 1231 von dem Sachpfandgläubiger Herausgabe der Pfandsache zur Verwertung verlangen.² Pfandrecht und Afterpfandrecht beziehen sich auf verschiedene Gegenstände³, sodaß sich Probleme der Rangfolge nicht stellen.

1 vgl. dazu Larenz, Schuldrecht AT, § 34 III; RGRK Rdnr. 72 zu § 398; Palandt/Heinrichs, Anm. 3 c zu § 398 m.w.N.

2 Palandt/Bassenge, Anm. 1 c cc zu § 1274

3 das Pfandrecht auf die körperliche Sache, das Afterpfandrecht auf Forderung und Pfandrecht.

C. Das künftige Pfandrecht in der Zwangsvollstreckung

Der nachfolgende Untersuchungsabschnitt widmet sich der Rolle des künftigen Pfandrechts im Bereich von Einzelzwangsvollstreckung und Konkurs.

Es geht in diesem Zusammenhang nicht um die Erörterung verfahrensrechtlicher Einzelfragen, sondern um die Prüfung der praktischen Verwertbarkeit der Ergebnisse der bisherigen Untersuchung.

Die Tatsache des Sachbesitzes des künftigen Pfandgläubigers beeinflusst die Gewichtung der erörterungsbedürftigen Problemfelder und damit die Ausführlichkeit der Darstellung.

So werden auf das Vermögen des Schuldners und/oder Verpfänders und/oder Eigentümers gerichtete Pfändungsmaßnahmen, die nach § 808 I ZPO Gewahrsam des Schuldners voraussetzen, die Rechtsstellung des besitzenden künftigen Pfandgläubigers weithin unberührt lassen, während der Konkurs des Eigentümers wichtige Fragen bezüglich eines (schon bestehenden ?) Absonderungsrechts oder der Anfechtungsmöglichkeiten nach §§ 29 ff. KO durch den Konkursverwalter aufwerfen wird.

Der Schwerpunkt der Untersuchung siedelt dem gemäß in dem letztgenannten Bereich.

I. Einzelzwangsvollstreckung

Die denkbaren Fallkonstellationen sind: Zwangsvollstreckung gegen Schuldner und/oder Verpfänder und/oder Eigentümer einerseits, bzw. gegen den Pfandgläubiger andererseits, jeweils betrieben durch Drittgläubiger.

1. Betreiben Drittgläubiger die Zwangsvollstreckung

a) gegen den Schuldner, der weder Eigentümer noch Verpfänder der Pfandsache ist, wird die Rechtsstellung des künftigen Pfandgläubigers in keiner Weise tangiert. Eine Pfändung der Sache beim Schuldner ist mangels Gewahrsam nicht möglich, § 808 I ZPO.

Eine Pfändung der Sache beim künftigen Pfandgläubiger wird regelmäßig an dessen fehlender Herausgabebereitschaft scheitern, § 809 ZPO.

Ein etwa gemäß §§ 846, 847 ZPO pfändbarer Herausgabeanspruch steht nur dem Verpfänder und/oder dem Eigentümer¹, nicht aber dem persönlichen Schuldner² gegen den Pfandgläubiger nach Entfallen des Sicherungszwecks zu;

b) gegen Verpfänder und/oder Eigentümer, müssen sie auch hier mangels Sachgewahrsam ihres bzw. ihrer Schuldner auf die Pfändung der bereits verpfändeten Sache verzichten. Für die Sachpfändung gilt das oben a) Gesagte. Gegen Vollstreckungsmaßnahmen in seinen Gewahrsamsbereich kann der künftige Pfandgläubiger sich mit der Vollstreckungserinnerung, § 766 ZPO, zur Wehr setzen, solange ihm nicht ein vollstreckbarer Herausgabetitel vorgelegt wird.

Um diesen zu erhalten, bleibt den Drittgläubigern nur die Pfändung des schon erwähnten künftigen³ Herausgabeanspruchs des Verpfänders und/oder Eigentümers aus §§ 1223 bzw. 985 gegen den (künftigen) Pfandgläubiger, die dieser jedoch nicht fürchten muß. Denn solange die gesicherte Forderung noch entstehen kann, fehlt dem Herausgabeanspruch des Verpfänders/Eigentümers die

1 allgemeine Meinung, vgl. nur Palandt/Bassenge, Anm. 1 zu § 1223

2 so RGZ 116, 226

3 künftige Ansprüche sind nach h.M. pfändbar, wenn sie nach Rechtsgrund und Drittschuldner bestimmt werden können, vgl. Thomas/Putzo, Anm. 3 a zu § 829 ZPO; BGHZ 53, 32; Stein/Jonas/Münzberg, Rn. 3 zu § 829 ZPO; Wieczorek, Anm. B II b 2 zu § 829 mit umfangreichen Einzelnachweisen.

Gegenwärtigkeit. Die Pfändung des bloß künftigen Anspruchs bewirkt zwar die Gültigkeit der im Pfändungsbeschluß getroffenen Anordnungen (Arrestatorium und Inhibitorium), nicht jedoch auch schon die Entstehung des Pfändungspfandrechts. Seine "Geburt" ist bis zur Entstehung des Herausgabeanspruchs aufgeschoben.¹

Dieser Anspruch wiederum aktualisiert sich erst in dem Augenblick, in dem feststeht, daß die gesicherte Forderung nicht mehr zur Entstehung kommen wird,² jedes Sicherungs- und Befriedigungsinteresse des (bisher) künftigen Pfandgläubigers also entfallen ist. Gibt er die Pfandsache an den Gerichtsvollzieher heraus, sodaß sich das durch die Anspruchspfändung begründete Pfandrecht ohne weiteres in ein Pfändungspfandrecht an der Sache selbst verwandelt³, verliert er keine Sicherheit, an der ihm noch liegen müßte.⁴

1 bei Pfändungspfandrechten an Forderungen ist unbestritten, daß diese erst mit dem Entstehen der gepfändeten Forderung zur Entstehung gelangen, so schon RGZ 82,227,231; Stein/Jonas/Münzberg, Rn. 4 zu § 829 ZPO m.w.N.; zahlt der Vertragspfandgläubiger zum Beispiel das gewünschte Darlehen noch aus, tritt der Sicherungszweck noch ein, die Entstehung des Herausgabeanspruchs verzögert sich. Der Pfändungspfandgläubiger muß auf die Sache warten, bis der Schuldner getilgt hat, §§ 1252,1223 I, bzw. sich mit dem nach Befriedigung des Vertragspfandgläubigers verbleibenden Verwertungserlös zufriedengeben. Sein Pfandrecht geht, auch wenn es Rang nach der Pfändung hat, immer dem auf früherer Verpfändung beruhenden Vertragspfandrecht im Range nach.

2 vgl. dazu oben S. 85

3 h.M., RGZ 48,293,295; BGHZ 67, 378, 383; Thomas/Putzo, Anm. 2 b zu § 847 ZPO.

4 Die oben S. 90 ff. beschriebene Möglichkeit des Vertragspfandgläubigers, sich die überlassene Sache für künftige Kredite bereitzuhalten, wenn der Eigentümer von seinem Rücknahmerecht keinen Gebrauch macht, obwohl die gesicherte und ursprünglich in Aussicht genommene Forderung sicher nicht mehr entstehen wird, verliert er in diesem Falle zu recht. Dem gegenwärtigen Befriedigungsinteresse des pfändenden Drittgläubigers bezüglich der Pfandsache gebührt hier der Vorrang vor einem nur künftig möglichen Befriedigungsinteresse des Vertragspfandgläubigers.

2. Läßt ein Drittgläubiger wegen einer persönlichen Forderung gegen den Vertragspfandgläubiger

a) die in dessen Gewahrsam befindliche Sache des Eigentümers pfänden, weil er sie für eine dem künftigen Pfandgläubiger gehörende hält, § 808 I ZPO, hat der Schuldner als ohnehin nicht dinglich Berechtigter weder Interesse noch Handhabe gegen diesen Vollstreckungsakt. Der Verpfänder dagegen verfügt über einen schuldrechtlichen Besitzverschaffungsanspruch gegen den (ehemals) künftigen Pfandgläubiger nach Entfallen des Sicherungszweckes. Da dem Zugriff von Drittgläubigern nur solche Gegenstände unterliegen, über die der Vertragspfandgläubiger als Berechtigter verfügen könnte¹, gibt auch dieser (nur) obligatorische Herausgabeanspruch dem Verpfänder das Recht zur Intervention.²

Der durch Pfändung den Sachbesitz verlierende Vertragspfandgläubiger dagegen kann die Verwertung im Auftrag seines Gläubigers und damit den endgültigen Verlust seiner Sachsicherheit nicht mit Hilfe der Berufung auf sein künftiges Pfandrecht verhindern. Er ist nicht Dritter im Sinne von § 771 ZPO, sondern Schuldner in einem gegen ihn gerichteten Zwangsvollstreckungsverfahren. Ihm räumt das Gesetz keine Möglichkeit ein, die Vollstreckung in diese oder jene Mobilie durch den Nachweis des Bestehens eigener Rechte daran für unzulässig erklären zu lassen.³

Die Intervention des Sacheigentümers dagegen wird in jedem Falle Erfolg haben, da die Vollstreckungsbefugnis des Drittgläubigers und die Vollstreckungsmacht des Staates sich auf das nach dem Titel haftende Vermögen beschränken⁴, zu dem die Sache des Pfandeigners nun

1 Stein/Jonas/Münzberg, RdNr.14 zu § 771

2 vgl. Thomas/Putzo, Anm. 6d zu § 771; Stein/Jonas/Münzberg, RdNr. 31 zu § 771 ZPO.

3 soweit die Zwangsvollstreckung nicht aus anderen Gründen unzulässig ist, vgl. §§ 767, 766 ZPO.

4 allgemeine Meinung, vgl. nur Stein/Jonas/Münzberg, RdNr. 1 zu § 771 ZPO.

einmal nicht gehört.¹

b) Will der Drittgläubiger Zugriff auf das künftige Pfandrecht an der Sache des E nehmen, muß er die künftige Forderung des Vertragspfandgläubigers gegen den Schuldner pfänden lassen. Die Pfändung des Pfandrechts als akzessorisches Hilfsrecht ohne das zugehörige Hauptrecht ist unzulässig.² Das Pfändungspfandrecht an der künftigen oder bedingten Forderung gegen den Schuldner des (künftigen) Vertragspfandgläubigers entsteht erst mit dem Entstehen dieser Forderung.³

Da Pfändung und Pfandrecht sich nach herrschender Meinung auf die bestehenden Nebenrechte in demselben Umfang erstrecken, wie diese Rechte bei einer Abtretung mit übergehen würden⁴, erfaßt der mehrgliedrige Entstehungsprozeß des Pfändungspfandrechts an der Forderung auch das Pfändungspfandrecht am Pfandrecht. Im Augenblick der Entstehung von (gepfändeter) Forderung und Vertragspfandrecht werden beide Rechte vom gleichzeitig entstehenden Pfandrecht des Pfändungspfandgläubigers⁵ erfaßt. Die Wirkungen des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses können eintreten: Der Drittschuldner muß bei Fälligkeit der Forderung in Höhe der Einzugsberechtigung des Pfändungspfandgläubigers an diesen zahlen. Der Vertragspfandgläubiger muß die Pfandsache nach Pfandreife gemäß §§ 1227, 1231 analog an den Pfändungs-

1 Intervenierte der Eigentümer nicht nach § 771 ZPO, kann die Sache ungehindert verwertet werden und in lastenfreies Drittwigentum übergehen. Der Alteigentümer ist dann auf Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche beschränkt.

2 allgemeine Meinung, vgl. nur Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Anm. 1 I B d zu § 857 ZPO; Stein/Jonas/Münzberg, 19. Aufl., Anm. II 5 a zu § 857 ZPO.

3 vgl. die Nachweise oben S. 104, Fn.1

4 vgl. Stein/Jonas/Münzberg, Rn. 80 zu § 829 ZPO; Wieczorek, Anm. B I b zu § 829 ZPO; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Anm. 4 B b zu § 829 ZPO

5 bei mehreren Pfändungspfandgläubigern entscheidet über den Rang des Pfändungspfandrechts nach allgemeinen Prioritätsgrundsätzen der Zeitpunkt des "Zugriffs", der Pfändung, vgl. nur Wieczorek, Anm. C IV zu § 804 ZPO.

pfandgläubiger zum eigenen Betrieb der Verwertung herausgeben.¹ Der Eigentümer kann sich gegen die Pfändung der pfandgesicherten Forderung vor deren Entstehen nicht zur Wehr setzen. Er bedarf auch vor diesem Zeitpunkt keines vollstreckungsrechtlichen Schutzes. Denn die Sache bleibt auch nach der Forderungspfändung im Gewahrsam des Vertragspfandgläubigers und unterliegt dort den oben näher bezeichneten Regelungen² des künftigen Pfandrechtsverhältnisses.

Die Gefahr einer Sachbeschädigung oder des Sachverlustes eröffnet sich erst mit dem Entstehen der gesicherten Forderung, die dem Pfändungspfandrecht zu voller Wirksamkeit verhilft: dann muß der Vertragspfandgläubiger die Sache zur Verwertung an den Pfändungspfandgläubiger herausgeben. Bei dieser Sachlage aber verwirklicht sich nur das typische Risiko des Realsicherers. Seine Sache wird zur Befriedigung einer bestehenden und fälligen Forderung verwertet.

1 vgl. Stein/Jonas/Münzberg, 19. Aufl., Anm. II 5 a zu § 857 ZPO.

2 vgl. S. 80 ff.

II. Konkurs

Die Beständigkeit der Rechtsstellung des künftigen Pfandgläubigers im Konkurs des Sacheigentümers¹ bildet das Thema des nachfolgenden Abschnitts.

Zum einen soll die Frage untersucht werden, ob und inwieweit auch das künftige Pfandrecht zur Absonderung gemäß § 48 KO berechtigt, zum anderen, ob und inwieweit dieses künftige Pfandrecht der Konkursanfechtung nach § 30 KO unterliegt.

1. Absonderungsrecht

§ 48 KO gewährt Gläubigern, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht haben, das Recht, unabhängig vom Konkursverfahren (§ 4 II KO) abgesonderte Befriedigung aus einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand zu verlangen.

Ob und wann ein solches Pfandrecht entsteht, läßt § 48 KO unbeantwortet. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Konkursordnung auch Fragen der Pfandrechtsentstehung, also "die Voraussetzungen, welche das Civilrecht für die Gültigkeit eines Faustpfandrechts aufstellt, zuvörderst unberührt"² lassen.

Die oben zur Pfandrechtsentstehung anhand des bürgerlichen Rechts aufgestellten Grundsätze erfahren insofern durch das Konkursrecht in ihren

1 allein der Konkurs des Sacheigentümers ist in diesem Zusammenhang von Interesse, da zu seinem Vermögen die Pfandsache gehört. Die Zugehörigkeit zur Konkursmasse ist aber Voraussetzung für ein Absonderungsrecht und insofern Basis aller weiteren Überlegungen; zum Konkurs des künftigen Pfandgläubigers, vgl. unten S.135 und 136,Fn.1;

2 Hahn, Materialien zur KO, S. 192

Voraussetzungen keine Modifikationen.

Die Untersuchung kann sich deshalb sogleich der Erörterung der Wirkungen eines rechtsbedingten Pfandrechts im Konkurs des Eigentümers der Pfandsache zuwenden.

Das Arbeitsfeld läßt sich klar abstecken:

Auf der einen Seite steht die Verpfändung nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Eigentümers. Sie gibt ohne Zweifel kein Absonderungsrecht mehr, da der Eigentümer mit der Eröffnung des Verfahrens die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen verliert und Fremdrechte daran nicht mehr begründen kann.

Auf der anderen Seite sind auch solche Verpfändungen vor Eröffnung des Konkursverfahrens uninteressant, die für eine bestehende oder jedenfalls noch vor Konkurseröffnung entstehende Forderung vorgenommen werden. Denn nach der herrschenden wie nach der hier vertretenen Ansicht besteht bzw. entsteht dann jedenfalls noch vor Eröffnung des Verfahrens ein vollwirksames Pfandrecht, das zur Absonderung berechtigt.¹

Erörterungsbedürftig sind demnach allein die Fälle, in denen die Verpfändung vor Konkurseröffnung stattfand, die gesicherte Forderung aber erst nach dem Beginn des Verfahrens zur Entstehung gelangte. Denn nach der hier vertretenen Auffassung entsteht erst dann ein vollwirksames Pfandrecht.

Alles konzentriert sich auf die Frage, ob der Erwerb dieses rechtlich bedingten Pfandrechts den Konkursgläubigern gegenüber wirksam sein kann, oder ob er an einer Sperre des Konkursrechts, insbesondere § 15 KO, scheitert. Für die Suche nach einer Antwort scheint mir zunächst ein Vergleich mit anderen Fällen rechtlich bedingten Vollrechtserwerbs im Konkurs hilfreich.

1 zur eventuellen Anfechtbarkeit vgl. unten S.139 ff.

Als Beispiele sollen dienen die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung sowie die Zession einer künftigen bzw. bedingten Forderung¹.

Denn die Behandlung dieser Vergleichsfälle durch Literatur und Rechtsprechung erfolgt in unterschiedlicher Weise und in Abweichung zur Lösung beim Pfandrecht an Fahrnis.

a) Fahrnispfandrecht

Nach herrschender Meinung entsteht das Pfandrecht unabhängig von der Existenz der gesicherten Forderung im Zeitpunkt der Verpfändung, in der hier gewählten Konstellation also vor Konkurseröffnung. Gelangt die gesicherte Forderung erst nach Konkurseröffnung zur Entstehung, ist dies ohne Einfluß auf den schon früher erfolgten, den Konkursgläubigern gegenüber wirksamen Erwerb des Pfandrechts.²

Zwar gilt nach einhelliger Auffassung auch für das Fahrnispfandrecht der Grundsatz, daß ein Rechtserwerb zu Lasten der Masse und ohne Mitwirkung des Konkursverwalters nur rechtswirksam ist, "wenn sich der gesamte Erwerbstatbestand, bei mehraktigen also auch der letzte Teil, vor Konkurs vollendet hat"³. Jedoch soll der Gesamtstatbestand bereits mit der Vollendung des Verpfändungstatbestandes beendet sein, das Entstehen der

1 die Entstehung der zedierten Forderung ist Rechtsbedingung für den Rechtserwerb des Zessionars, vgl. Egert, Rechtsbedingung, S. 60; Knorr, Rechtsbedingung, S. 89

2 so BGH in NJW 1983, 1619, 1620; im Ergebnis so auch Jaeger/Henckel, RdNr. 21 zu § 15 KO; aa Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Anm. 9a zu § 15 KO, die das Pfandrecht wie die Hypothek behandeln, vgl. unten S. 112

3 vgl. BGH NJW 1975, 122; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, RdNr. 8 zu § 15 KO; Jaeger/Henckel, Rn. 119 ff. zu § 1 KO bzw. Rn. 60 zu § 15 KO; eine Ausnahme hiervon macht die h.M. beim Erwerb geschäftlich bedingter Rechte im KO. Dieser soll wegen § 161 I nicht an § 15 KO scheitern, vgl. Böhle-Stamschräder/Kilger, Anm. 4 zu § 15 KO; Jaeger/Henckel, RdNr. 60 zu § 15 KO; BGH NJW 1955, 544; BGH vom 5.11.1976 in NJW 1977, 247; aa Th. Wolff, Absonderungsrecht, S. 95

gesicherten Forderung nicht mehr dazugehören.¹

Eine verblüffende Konstruktion.

Egert und Oertmann, die sich in ihren Monographien zur Rechtsbedingung auch diesem Problem mehr oder weniger ausführlich gewidmet haben, vertreten unterschiedliche Auffassungen.

Egert meint, die rechtliche Gebundenheit des bedingt Verfügenden, die (bedingte) Beschränkung seiner Verfügungsmacht, wirke nicht nur gegenüber seinen (Einzel-) Vollstreckungsgläubigern, sondern auch gegenüber seinen Konkursgläubigern, wie überhaupt gegenüber allen Dritten, zu deren Gunsten während der Schwebezeit Verfügungsbeschränkungen Platz greifen. Vor Konkursbeginn getroffene Verfügungen unterlägen daher nicht der Erwerbssperre des § 15 KO, auch wenn ihre Wirkung noch bedingt ist.² So folge die Konkursfestigkeit eines Pfandrechts für eine künftige Forderung nicht etwa daraus, daß die Verpfändung schon ein vollwirksames Pfandrecht erzeuge, sondern aus der abgeschlossenen Verfügung und der an sie anknüpfenden Vorrangregel des § 1209, aus der dinglichen Gebundenheit, die auch die Konkursgläubiger hinzunehmen hätten.³

Oertmann dagegen verneint jedes Wirksamwerden früherer, rechtlich bedingter Verfügungen im Konkurs mit dem Hinweis auf § 15 KO, dessen Grund er "in der im Vordergrund des Konkurszweckes stehenden Rücksicht auf die par condicio creditorum"⁴ sieht. Diese Vorschrift beantworte die an sich offene Frage, ob das Gesetz mit dem Wegfall der Verfügungsmacht nur das Handelnkönnen des Verfügenden oder überhaupt die Wirkungen eines, selbst vielleicht früheren Handelns habe ausschließen wollen, zugunsten der letzten Alternative.⁵

1 so BGH in NJW 1983,1120,1122 bzw. 1619,1620.

2 Rechtsbedingung, S. 91

3 Rechtsbedingung, S. 95; vgl. auch Marotzke, Anwartschaftsrecht, S. 67 ff.

4 Rechtsbedingung, S. 142

5 Rechtsbedingung, S. 142

b) Hypothek

Die wohl herrschende Meinung¹ schließt sich der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts vom 8. Januar 1912² an, in der der Erwerb einer Hypothek durch Valutierung der Forderung erst während des Konkurses gemäß § 15 KO als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam erachtet wurde.

Die Revisionspartei trug damals zur Stützung ihrer Klage unter anderem vor, daß ein aufschiebend bedingter Rechtserwerb sich wegen § 161 I 2 auch noch nach Eintritt des Konkurses vollenden könne; die Entstehung der gesicherten Forderung sei Bedingung der Entstehung der Hypothek. Dazu das Reichsgericht: "Daß dieser § 161 sich nur auf eine eigentliche (rechtsgeschäftlich gesetzte) Bedingung bezieht, ist klar. Die Entstehung der durch eine Hypothek zu sichernden Forderung aber ist, insoweit davon die Entstehung des Hypothekenrechts abhängt, keine solche Bedingung, sondern ein zum gesetzlichen Entstehungstatbestand dieses Rechts gehöriger Umstand."³ Ob die bis zur Entstehung der Forderung bestehende "Möglichkeit des Erwerbs" der Hypothek schon als Anwartschaftsrecht bezeichnet werden könne oder nicht, sei unmaßgeblich, da jedenfalls bis zum Eintritt dieses Umstandes "das Hypothekenrecht noch nicht erworben ist"⁴. Nähme man gerade diesen letzten Satz für bare Münze, ließe sich auch an der - vom Reichsgericht ausdrücklich anerkannten - Konkursfestigkeit des geschäftlich bedingten Rechtserwerbs nicht länger festhalten. Denn selbst eine nach § 161 I 2 geschützte Position kann nichts daran ändern, daß das endgültige Recht vor dem Konkurs "noch nicht erworben ist". Die apodiktische Begründung des Reichsgerichts zur gestellten Problematik vermag in dieser

-
- 1 vgl. Jaeger/ Henckel, Rn. 33 zu § 15 KO; Mentzel/Kuhn/ Uhlenbruck, Rdnr. 8 zu § 15 KO; BGH NJW 1975, 122.
 - 2 V.Senat des Reichsgerichts, in LZ 1912, Spalte 399
 - 3 Reichsgericht, aaO.
 - 4 Reichsgericht, aaO.

widersprüchlichen Form nicht zu überzeugen.

Egert geht davon aus, daß die Rechtslage bei der Hypothek sich abweichend darstellt von derjenigen beim Fahrnispfandrecht und bei der Vorauszession¹. Die Anwartschaft des Erwerbers habe hier einen "etwas anderen Charakter"². Ob sich der Gedanke der Sicherstellung des bedingten Erwerbs im Konkurs auf die Hypothek für eine künftige Forderung übertragen lasse, sei "zumindest zweifelhaft" und "eher zu verneinen"³; dies schon mangels eines aner kennenswerten Bedürfnisses, "da ja der gutgläubige Erwerber ohnehin gemäß § 15 S.2 KO in Verbindung mit § 892 I 2 geschützt wird und damit die Interessen aller Beteiligten in angemessener Weise berücksichtigt werden: solange die Konkursöffnung im Grundbuch nicht vermerkt und dem Gläubiger nicht bekannt ist, kann dieser die Hypothek noch durch Auszahlung der Valuta an den in Konkurs gefallenen Besteller (vgl. auch § 7 KO iVm § 892 I 2 BGB) bzw. den davon verschiedenen persönlichen Schuldner erwerben..."⁴.

-
- 1 vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen zur Zession einer künftigen bzw. bedingten Forderung
 - 2 Rechtsbedingung, S. 101 ; leider verschweigt Egert, worin diese Andersartigkeit bestehen soll.
 - 3 Rechtsbedingung, S. 102; so im Ergebnis auch Oertmann, Rechtsbedingung, S. 142.
 - 4 Rechtsbedingung, S. 102; so auch Wörbelauer, DNotZ 1965, 580 ff.; beide Autoren irren. Selbstverständlich kann der Hypothekar gem. § 15 S.2 KO iVm § 892 aufgrund der Verfügung d.späteren Gemeinschuldners auch noch im KO des Berechtigten die Hypothek an dessen Grundstück zu Lasten der Masse erwerben, wenn er an die dingliche Berechtigung des im Grundbuch Eingetragenen glaubte; der gute Glaube heilt die mangelnde Verfügungsmacht. Hier aber geht es nicht um den Bestand dieser Berechtigung, sondern um den Bestand der gesicherten Forderung. Für den Fall des Nichtbestehens der Forderung läßt sich allenfalls bei der Verkehrshypothek aus §§ 15 S.2 KO, 892, 1158 BGB der Hypothekenerwerb folgern, wenn der Hypothekar vom Bestand der Forderung ausging. Bei der Sicherung einer bedingten oder künftigen Forderung kennt der "Hypothekar" regelmäßig die fehlende (Voll-)Existenz der Forderung, jeder Gutgläubenschutz versagt. §§ 15 S.2 KO, 892 allein lassen nicht positiv zu, daß der Hypothekar noch im Konkurs valutieren und die Hypothek erwerben kann.

c) Zession

Der VII. Senat des Reichsgerichts vertrat 25 Jahre nach der vorgenannten Entscheidung zum Hypothekenerwerb im Konkurs im Falle des rechtsbedingten Forderungserwerbs eine differenzierende Auffassung. Zur Frage der Konkursbeständigkeit der Abtretung künftiger Forderungen wurde im Urteil vom 19. Januar 1937 erkannt: "Aufschiebend bedingte Forderungen werden vom Gesetz als bestehend behandelt. Sie scheiden daher bereits mit ihrer Abtretung aus dem Vermögen des bisherigen Gläubigers aus und gehören bei späterer Konkurseröffnung über sein Vermögen nicht zur Konkursmasse; eine Anwendung des § 15 KO kommt deshalb nicht in Frage. Dagegen wird die Abtretung künftiger Forderungen, die ihrem Rechtsgrunde nach zur Zeit der Abtretung noch nicht bestanden, erst dinglich wirksam, wenn die Forderung demnächst entsteht.¹ War zu dieser Zeit bereits das Konkursverfahren über das Vermögen des abtretenden Gläubigers eröffnet, so ist der auf der Abtretung beruhende Forderungserwerb nach § 15 KO den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, vorausgesetzt, daß die Forderung ohne die Abtretung zur Konkursmasse gehören würde."²

Daß eine aufschiebend bedingte Forderung durchaus keine gegenwärtig bestehende ist, wurde bereits oben³ zu zeigen versucht. Von einer solchen Behandlung im Gesetz kann auch keine Rede sein, wie sich ohne weiteres aus der ausdrücklichen Erwähnung der bedingten Forderungen zum Beispiel in §§ 1204 II, 1113 II, 765 II und zum anderen aus § 67 KO ableiten läßt, der eine Sonderbehandlung der aufschiebend bedingten gegenüber den gegenwärtig bestehenden Forderungen anordnet. Der Grund für den konkursfesten Rechtserwerb des Zessionars liegt auch nicht im Ausscheiden der bedingten Forderung aus dem

1 anders noch RGZ 134, 73, 77 und 138, 89, 94, wo das Ausscheiden auch der künftigen Forderung mit dem Abschluß der Abtretungsverfügung behauptet wurde.

2 Reichsgericht in HRR 37, 550

3 S. 60/61

Vermögen des Zedenten im Zeitpunkt der Zession. Denn wie sollte etwas im Vermögen noch gar nicht voll Existentes - und die bedingte Forderung existiert als vollwirksame Forderung noch nicht - aus diesem ausscheiden? Die Rechtssphäre verlassen kann allenfalls der Teil einer Vermögensposition bzw. Rechtsposition, der dort bereits in gewissem Umfang durch hier und jetzt vollzogene dingliche Zuordnung Eingang gefunden hat.

Der IV. Senat des Bundesgerichtshofes nun knüpfte in seiner vielzitierten¹ und vieldiskutierten² Entscheidung vom 5. Januar 1955³ im Ergebnis an diese Rechtsprechung des Reichsgerichts an.

In dem zur Beurteilung stehenden Sachverhalt ging es um die Frage des konkursfesten Erwerbs einer Forderung, für die ein Rechtsgrund im Zeitpunkt der Zession noch nicht gelegt war.

Der BGH ließ den Erwerb dieser künftigen Forderung an § 15 KO scheitern, da der Zessionar noch kein "Anwartschaftsrecht auf die Forderung"⁴ erworben habe. Anders wäre es, meint der BGH, bei der "unter einer Bedingung erfolgten Forderungsabtretung", denn dann hätte der Zessionar ein solches Anwartschaftsrecht erlangt, das über § 161 I 2 noch im Konkurs zum Vollrecht werden könne.⁵

Im Grunde vergleicht der BGH hier Äpfel mit Birnen, indem er die bedingte Zession einer Forderung der unbedingten Zession einer künftigen Forderung gegenüberstellt, um die es in der Entscheidung ging.

Das richtige Begriffspendant zur unbedingten Zession einer künftigen Forderung wäre die unbedingte Zession einer bedingten Forderung gewesen.⁶ Der Unterschied ist

- 1 vgl. die Nachweise bei Serick, *Mobiliarsicherheiten*, S. 283
- 2 vgl. Medicus, *Kreditsicherung*; Marotzke, *AnwartschaftsR*;
- 3 in NJW 1955, 544 = BB 1955, 202 ff.
- 4 BGH aaO.
- 5 BGH aaO.
- 6 dies stellt auch Serick, *Mobiliarsicherheiten*, S. 284, 285 zutreffend fest.

bedeutsam: bei der bedingten Abtretung einer gegenwärtigen Forderung handelt es sich um einen geschäftlich bedingten Rechtserwerb. Dessen Konkursfestigkeit hat der BGH demnach zu Recht bejaht.

Bei der unbedingten Abtretung einer bedingten Forderung dagegen steht ein rechtlich bedingter Erwerbsvorgang in der Diskussion.¹

Hat der BGH sich nun in seinem Urteil nur mißverständlich ausgedrückt, hat er den Unterschied der zusammengehörenden Begriffspaare verkannt, oder aber läßt sich sein Ausspruch dahin interpretieren, daß der (unbedingte) Zessionar einer bedingten Forderung - eben anders als der einer bloß künftigen Forderung - ein konkursfestes Anwartschaftsrecht habe ?

Mit dieser letztgenannten Auslegung wäre die rechtliche Gleichbehandlung von Geschäfts- und Rechtsbedingung perfekt.

So versteht auch zumindest die heute wohl herrschende Meinung das Urteil des BGH: der Erwerb von im voraus zedierten bedingten Forderungen ist konkursfest, da der Zessionar ein Anwartschaftsrecht im Zeitpunkt der Zession erlangt habe.² Egert hingegen meint, die Zession einer künftigen Forderung sei uneingeschränkt, d.h. unabhängig von der Art der im voraus abgetretenen Forderung³ konkursbeständig⁴, soweit nicht der Konkurszweck in Frage gestellt ist oder die Zession gegen die guten Sitten verstößt.⁵ Letztlich sei es eine Frage der Bewertung der gegensätzlichen wirtschaftlichen Interessen, dem Kreditversicherungsbedürfnis der Wirtschaft einerseits und der

1 dies wird bei Serick, Mobiliarsicherheiten, S. 284, 285, nicht deutlich.

2 vgl. nur Jaeger/Henckel, Rn. 44 zu § 15 KO; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Rdnr. 10 zu § 15 KO.

3 die Unterscheidung nach Forderungsarten und deren Konkursfestigkeit lehnt Egert als "mehr oder weniger willkürliche Unterscheidung" ab, Rechtsbedingung, S. 98

4 Rechtsbedingung, S. 98

5 Rechtsbedingung, S. 99

ungesicherten Gläubiger andererseits, wo die Grenze der Zulässigkeit zu ziehen sei.¹

d) Zur Verdeutlichung der Ausgangslage seien die wesentlichen Positionen von Literatur und Rechtsprechung kurz zusammengefaßt.

Als Grundsatz gilt, daß alle Erwerbsvoraussetzungen eines Rechts vor dem Konkurs erfüllt sein müssen, andernfalls ist der Erwerb dieses Rechts nach § 15 KO unwirksam. Von diesem Prinzip werden jedoch Ausnahmen zugelassen:

Das Fahrnispfandrecht für eine künftige oder bedingte Forderung ist immer konkursfest, wenn die Verpfändung vor dem Konkurs stattgefunden hat.²

Die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung ist nicht konkursfest, wenn die gesicherte Forderung erst während des Konkurses entsteht.³

Die Zession einer künftigen Forderung ist den Konkursgläubigern gegenüber gemäß § 15 KO unwirksam; die Zession einer bedingten Forderung dagegen ist konkursfest.⁴

Gemeinsam ist allen drei Fällen die Abhängigkeit des (Voll-)Rechtserwerbs von einer Rechtsbedingung, der Entstehung der gesicherten bzw. zedierten Forderung. Gemeinsam ist ihnen auch der gültige und bindende Abschluß des Verfügungstatbestandes; gemeinsam ist ihnen schließlich die Abhängigkeit der Beständigkeit der Erwerberposition von einer Doppelbindung auf der Aktivseite, der Rechtsbestellerseite.

Läßt sich die unterschiedliche Behandlung im Konkurs rechtfertigen ?

-
- 1 Egert, Rechtsbedingung, S. 100
 - 2 so auch Egert, Rechtsbedingung, S. 95, im Ergebnis.
 - 3 so auch -entschieden- Oertmann, Rechtsbedingung, S. 142 und -zögernd- Egert, Rechtsbedingung, S. 101
 - 4 uneingeschränkte Konkursfestigkeit bejaht Egert, Rechtsbedingung, S. 98, vgl. oben S. 116.

e) Vorschlag einer angemessenen Lösung

Ausgangspunkt einer Lösung des Konflikts zwischen der Erwerbserwartung des bedingt Berechtigten und dem Interesse der Konkursgläubiger an der Verhinderung dieses Erwerbs zu Lasten der Masse muß die gesetzliche Wertungsvorgabe sein, die in der dialektischen Beziehung zwischen § 161 I 2 und § 15 KO ihren Ausdruck findet. Deshalb soll zunächst auf den grundsätzlichen Bedeutungsgehalt des § 161 I 2 für den geschäfts- und rechtsbedingten Erwerb eingegangen werden.

aa) Die als herrschend zu bezeichnende Ansicht stützt die Konkursfestigkeit des geschäftlich bedingten Rechts-erwerbs auf § 161 I 2, wonach auch Verfügungen des Konkurs-verwalters früheren Verfügungen des nachmaligen Gemein-schuldners ihre Wirksamkeit nicht mehr nehmen können, falls das zur Bedingung erhobene Ereignis (auch während des Konkurses) eintritt.¹ Zwar beschränkt § 161 I zunächst nur die Verfügungsmacht² des Verfügenden insofern, als dieser den Erwerb des bedingt Berechtigten nicht durch anderweitige, zeitlich spätere Verfügungen beeinträchtigen oder verhindern kann. Streng genommen vereitelt der Wort-laut des § 161 I 2 nur, daß ein anderer als der bedingt Berechtigte die Sache oder das Recht, über welche(s) bereits verfügt ist, durch spätere, abweichende Ver-fügungen des nach wie vor berechtigten³ Eigentümers oder dessen Konkursverwalters (aus der Vermögensmasse des Eigentümers) erlangt.

Ob und wann dieser Gegenstand das Vermögen des nach-maligen Gemeinschuldners, die spätere Konkursmasse, überhaupt verläßt oder verlassen darf, wird von § 161 Absatz 1 nicht geregelt. Vielmehr steht auch diese Norm auf dem Boden der Vorstellung des Bürgerlichen Rechts, nach der die Rechtsänderung,

1 vgl. die Nachweise oben S. 114, Fn.3

2 h.M. so schon Heitsch, Verfügungsbeschränkung, S.17; Staudinger/Dilcher, Rdnr.1 zu § 161; H.P. Westermann in MüKo, Rdnr. 7 zu § 161;

3 vgl. dazu Larenz, AT § 25 III b

der rechtlich fundierte Wechsel von einer Vermögenszugehörigkeit zur anderen¹, erst mit dem Eintritt der Bedingung stattfindet, wie § 158 I es vorsieht².

Ob dieser Wechsel sich auch noch im Konkurs des ehemals verfügenden Eigentümers, des nachmaligen Gemeinschuldners zugunsten des bedingt Berechtigten vollenden kann, ist insofern zunächst noch offen.

Dennoch stellt sich § 161 I zur Frage der Rechtsvollendung im Konkurs nicht völlig neutral.

Grundlage seiner Regelung bildet vielmehr die im Zusammenwirken von Satz 1 und Satz 2 zum Ausdruck kommende Annahme, daß die einmal getroffene bindende Verfügung des nachmaligen Gemeinschuldners auch nach Verlust der Verfügungsmacht durch die Konkursöffnung, § 6 KO, zumindest tatbestandlich wirksam bleibt.

Denn ginge das Gesetz nicht von einem solchen Fortwirken des Verfügungstatbestandes im Konkurs, sondern vom automatischen Erlöschen jeglicher Verfügungswirkungen bei Konkursöffnung aus, wäre es nicht erforderlich, späteren Verfügungen des Konkursverwalters ausdrücklich die (erwerbsbeeinträchtigende) Wirkung zu versagen. Der Erwerb wäre dann ja schon infolge einer (ab Konkursöffnung) wirkungslosen Erstverfügung nicht mehr zu realisieren.

Der durch die Erstverfügung des späteren Gemeinschuldners eingeleitete Schwebezustand endet nach der Konzeption des § 161 I nicht an der Schwelle zum Konkurs, sondern wirkt in ihm fort.

Dies erlaubt den Schluß, daß der Schwebezustand sich nicht nur im Konkurs fortsetzen, sondern auch sein

1 die rechtliche und die wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit dürfen nicht verwechselt werden; sie mögen zeitlich zusammenfallen, müssen dies aber nicht, vgl. oben S. 46 ff ("Drei-Stufen-Entwicklung"). Eine unzulässige Vermengung der Begriffe wirft zB Marotzke, Anwartschaftsrecht, S. 44 der klassischen Lehre vom Anwartschaftsrecht vor.

2 vgl. auch Heitsch, Verfügungsbeschränkung, S. 17

Ziel, die Entstehung des Vollrechts, erreichen kann. Denn es wäre weitgehend sinnlos, den Schwebezustand in seiner Eigenart als Zwischen-, als Erwartungsstadium im Konkurs aufrechtzuerhalten, seine letzte Konsequenz, den Rechtserwerb des bedingt Berechtigten aber nicht zuzulassen.

bb) Daß gegen eine analoge Anwendung des § 161 I auf den Fall des rechtlich bedingten Pfandrechts-erwerb keine Bedenken bestehen, wurde bereits oben¹ erörtert.

Eine vergleichbar gegen Erwerbsbeinträchtigung gesicherte Rechtsstellung hat der künftige Pfandgläubiger allerdings erst bei Vorliegen der oben erwähnten Doppelbindung.

Unter zusätzlicher Beachtung dieses Prinzips der Doppelbindung, die die Position des Rechtserwerbers gegen Beeinträchtigungen von Bestellerseite immunisiert, ergäbe sich zwanglos die Konkursfestigkeit der Rechtsstellung des künftigen Pfandgläubigers - die auch als Anwartschaftsrecht bezeichnet werden kann² -, soweit durch die vor Konkurseröffnung erfolgte Bestellung des Pfandrechts eine aufschiebend bedingte Forderung gesichert werden sollte.

1 S. 70 ff.

2 vgl. dazu ausführlicher unten S. 147;
Es kommt - entgegen Medicus, Kreditsicherung - letztlich nicht darauf an, ob man dem Anwartschaftsrecht rechtsbegründende Kraft beilegt oder es nur als nützliche Bezeichnung verwendet. Insbesondere wird durch die Lehre vom AnwR nicht eine Position konkursfest gemacht, die es ohne den Begriff des AnwR nicht wäre. Das von Medicus für den Beweis des Gegenteils angeführte Beispiel, aaO.S. 389, überzeugt nicht.

Als Ausgangspunkt seiner Argumentation dient Medicus der von ihm so genannte "Kaufpreisfall", die Entscheidung des BGH in NJW 1955, 544, in der eine Bau-AG, die spätere Gemeinschuldnerin zur Kreditsicherung die künftige Kaufpreisforderung aus dem von ihr lediglich beabsichtigten Verkauf eines Grundstücks an die Beklagte abtrat.

Der BGH hatte die Konkursfestigkeit dieser Zession mit der Begründung verneint, die Beklagte habe noch

Das Pfandrecht für eine (echte) künftige Forderung dagegen könnte sich im Konkurs nicht vollenden.

cc) Die Entscheidung darüber bleibt dem nun eingehender zu untersuchenden Verhältnis des § 161 I 2 zu § 15 KO vorbehalten.¹

Nach dieser Vorschrift können Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber

kein AnwR an dieser künftigen Forderung erlangt, da der Verkauf des Grundstücks durch die Bau-AG noch offen war.

Medicus versucht in seiner Variation des Falles diese Offenheit durch die Annahme einer unwiderruflichen Vollmachterteilung an die Beklagte zum Verkauf des Grundstückes zu beseitigen. Er meint, der BGH hätte dann ein AnwR annehmen müssen, da es dann nicht mehr in der Hand der Bau-AG lag, die zedierte Kaufpreisforderung zur Entstehung zu bringen. Wäre die Konkursfestigkeit Folge des AnwR, müßte dann also die Position der Beklagten Konkursfestigkeit erlangt haben.

Andererseits aber erlösche die unwiderruflich erteilte Vollmacht gem. §§ 23 KO, 168 S.1 BGB im Konkurs, die Bekl. könnte auch mit ihrer Vollmacht nach KO-Eröffnung nichts mehr anfangen, weil sie als Bevollmächtigte nicht mehr Rechtsmacht habe als ihre (nunmehr in der Verfügung beschränkte) Vollmachtgeberin.

In sich konsequent leitet Medicus aus diesem Widerspruch ab, daß die Betrachtung der Konkursfestigkeit als Folge eines AnwR dazu führte, eine Position konkursfest zu machen, die es sonst nicht sei.

Medicus'Prämisse ist jedoch unzutreffend. Auch bei Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht an die Bekl. hätte diese kein AnwR erlangt, denn es fehlte die Doppelbindung. Zwar konnten die Bau-AG und die Bekl. nach der Zession diese nicht mehr einseitig aufheben, die Entstehung der Forderung aber, die zum Erfolg der Vorauszession führt, war nach wie vor völlig offen. Der Eintritt dieser Rechtsbedingung hing von der Bindung zwischen Zedent und Drittschuldner bzgl. des Entstehens der zedierten Forderung ab. Diese Bindung fehlte hier völlig, solange nicht der Tatbestand der Forderungsbegründung, sei es durch die Bau-AG selbst, sei es durch die Bekl. als ihre Bevollmächtigte, gelegt worden war. Eine gesicherte - und als AnwR zu bezeichnende - Position lag erst bei Eintritt der Doppelbindung vor; sie ist -einerlei, ob als Voraussetzung oder Folge eines AnwR - konkursfest; vgl.oben S.89,Fn.1.

1 Nach h.M. verdrängt § 161 I 2 den § 15 KO; vgl. Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Rdnr. 1 zu § 15 KO.

den Konkursgläubigern erworben werden, "auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht", § 15 KO .

Es soll nach der Begründung des Entwurfs zur Konkursordnung¹ jeglicher Rechtserwerb nach Konkursbeginn zu Lasten der Masse verhindert werden, einerlei, ob er auf Verfügungen des nachmaligen Gemeinschuldners beruht oder sich in anderer Weise vollzieht.

Sind denn mit dieser unmißverständlichen, kategorischen Anordnung des Konkursgesetzgebers nicht die Würfel zum Schaden des bedingt Berechtigten gefallen ? Steht damit nicht fest, daß sich dingliche, bedingte Sicherungsrechte im Konkurs nicht mehr zu Lasten der Konkursgläubiger vollenden können ?

Für den gegenteiligen Standpunkt spricht zunächst, daß die KO bewußt die Abkehr von der im 17. und 18. Jahrhundert herrschenden Vorstellung von der "Universalität des Konkurses" verfolgt, an dessen Schwelle alle Bevorrechtigungen zugunsten der Konkursgläubiger Halt machen mußten, nach der alle Vermögensstücke des nachmaligen Gemeinschuldners bei Eintritt des Konkurses zur Masse gezogen und die Realgläubiger als die wichtigste Kategorie der Separatisten als bloße Konkursgläubiger behandelt wurden.² Die KO gewährleistet ausdrücklich die Befriedigung der dinglich gesicherten Gläubiger, der "Realgläubiger" außerhalb des Konkurses als wichtigstes Produkt dieser angestrebten Tendenzwende.

Diese Behandlung der Realgläubiger in der KO ist Indiz dafür, daß die dinglich gesicherten Gläubiger allein schon aufgrund der dinglichen Zuwendung einer Sache als potentiell Haftungsobjekt gegenüber den

1 zit.bei Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Rdnr.1 zu § 15 KO

2 Hahn, Materialien zur KO, S. 54

ungesicherten (Konkurs-) Gläubigern bevorzugt werden sollten, ohne große Rücksicht auf den Bestand der Forderung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung.

Zu berücksichtigen ist auch, daß der BGB-Gesetzgeber in Kenntnis der zeitlich vorangehenden Konkursordnung¹ in § 161 konkursbezogene Aussagen traf. Soweit sich die Inhalte der gesetzlichen Regelungen widersprechen, ist schon aus diesem Grund die Annahme einer verdrängenden Wirkung der späteren Regelung gerechtfertigt.

Darüberhinaus wäre die Zulassung der Pfandrechtsbestellung für eine bedingte oder eine künftige Forderung in § 1204 II weitgehend ohne Sinn, wenn diese Bestellung nicht gleichzeitig den sicheren Boden für ein vollwertiges Pfandrecht legte, sodaß dessen spezifische Eigenschaft, die Absonderungsbefugnis im Konkurs, dem Pfandgläubiger zugute kommen kann.

Auch der Wille der Parteien darf nicht ohne Not entmachtet werden. Der spätere Gemeinschuldner hat durch die dingliche Zuwendung der Pfandsache an den Pfandgläubiger nach außen (gegenüber Dritten) und innen (gegenüber dem Sicherungsnehmer) abschließend bekundet, daß dieser Gegenstand für die Befriedigung einer Forderung haften soll.

Dieser Wille des Eigentümers wurde vor der Konkurs-eröffnung geäußert, zu einer Zeit, als er noch in vollem Umfang über sein Vermögen verfügen konnte. Eine Rechtsordnung, die auf autonomer Rechtsgestaltung der Individuen aufbaut und diese Rechtsgestaltung wiederum auf Willenserklärungen ruhen läßt, muß einer Inanspruchnahme der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung durch Abgabe von Erklärungen auch Gehör und Effektivität schenken, soweit nicht überwiegende

1 vom 10. Februar 1877 , RGBl. S. 351

Interessen anderer entgegenstehen.

Letztlich wird sich deshalb eine Entscheidung über die Konkursfestigkeit des rechtlich bedingten Erwerbs, über die Beständigkeit der "künftigen" dinglichen Sicherheit des Pfandrechts im Konkurs, ja generell die Lösung der Konkurrenzproblematik zwischen vorkonkurslichen Sicherungsrechten und der Haftung der Masse im Konkurs nicht allein aus formallogischer Gedankenführung und Argumentation, sondern vor allem aus einer Abwägung der Schutzwürdigkeit und -bedürftigkeit der unterschiedlichen haftungsrechtlichen Zuweisungen des Schuldnervermögens gewinnen¹, erst nach einer Würdigung der Interessen der Konkursgläubiger einerseits und der außerkonkurslichen Sicherungsnehmer andererseits treffen lassen.

dd) Interessenabwägung

Uhlenbruck² hat zutreffend formuliert, daß Leitbild des Konkurses nicht Zwang und Vollstreckung, sondern das sinnvolle Zusammenwirken aller Beteiligten an der Bereinigung eines rechtlichen Sachverhalts ist.

Eine Formel, die angesichts der steigenden Zahl von Konkursen - gerade auch größerer Unternehmen - als aktuelles Postulat hinter jeder konkursrechtlichen Gesetzesauslegung und -anwendung stehen kann und soll.

Der 51. Deutsche Juristentag befaßte sich seinerzeit mit Reformüberlegungen zum Insolvenzrecht. So kritisierte Reich in seinen Überlegungen zum Beratungsgegenstand³ die "oft beschworene Feststellung...daß sich die Sicherungsrechte im Konkursfall 'bewähren' müssen"⁴. Er riet darum zum Kampf gegen die "Hypertrophie der Sicherungsrechte"⁵ und die "Auswüchse der Aus- und Ab-

1 vgl. Henckel, Wert und Unwert, S. 252

2 in Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Vorbem. 12 a vor § 1 KO

3 in JZ 1976, 463 ff.

4 Reich, Reform der Kreditsicherung, S. 465

5 Reich, Reform der Kreditsicherung, S. 465

sonderungsrechte", durch die der konkursrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und Risikogemeinschaftsgrundsatz zur "ideologischen Hülle" verkomme und die Funktion des Konkursverwalters sich auf eine "Erfüllungsgehilfenrolle"¹ zugunsten der Absonderungsberechtigten reduziere.

Reichs Schelte galt vor allem den gesetzlich nicht geregelten Aus- und Absonderungsrechten, wie der Sicherungsübereignung und der Sicherungszession.

Bei den gesetzlichen Absonderungsrechten hat sich der Gesetzgeber bewußt für eine Bevorzugung bestimmter Gläubiger entschieden. Diese Vorgabe ist bindend. Sie wird die Abwägung nach einer Seite hin begrenzen.

Auf der anderen Seite aber läßt sich der hinter allen Reformüberlegungen stehende Gedanke einer Vermeidung des "Kankurses des Konkurses"² als Leitlinie dort fruchtbar machen, wo es um die Beantwortung von gesetzlich nicht so eindeutig geregelten Fragen im Zusammenhang mit den gesetzlichen Absonderungsrechten geht.

Letztlich gilt es, für die Problematik der Konkursfestigkeit einer akzessorischen Realsicherheit eine Lösung zu finden, die einerseits schutzwürdige dingliche Bevorrechtigungen wahrt, sie aber andererseits sinnvoll in einen Gesamtzusammenhang der Vermögensliquidation im Konkurs stellt, sie sinnvoll in die allgemeine Gefahrengemeinschaft des Konkurses einbringt.³

"Denn", sagt Medicus zutreffend, "der Jurist kann keine wirtschaftlichen Werte schaffen. Er kann nur die vorhandenen verteilen, und was er dem einen gibt, muß er dem anderen nehmen."⁴

1 Zitate jeweils Reich, Reform d. Kreditsicherung, S. 465

2 Reich, aaO.S. 463

3 vgl. Reich, aaO.S. 468

4 in: Kreditsicherung, S. 392

aaa) Beachtung verdient insofern zunächst der Gedanke, daß die Interessen der Absonderungsberechtigten wie der Konkursgläubiger durchaus gleichartig sind, soweit sie sich auf den haftenden Gegenstand beziehen.

Jede Seite strebt danach, das werthaltigste Objekt für sich zu gewinnen. Die Sicherungsnehmer, indem sie sich auf ihr Absonderungsrecht an einem zur Masse gehörigen Gegenstand berufen, die Konkursgläubiger, indem sie das Bestehen dieses Absonderungsrecht bestreiten (lassen)¹.

Die Konstruktionen der Literatur und Rechtsprechung² ordnen im Ergebnis Fahrnis den Absonderungsberechtigten und Immobilien den Konkursgläubigern zu, wenn mit diesen Gegenständen erst im Konkurs entstehende Forderungen gesichert sind.

Sofern diese Lehre und Rechtsprechung mit einer solchen Aufteilung der Masseobjekte Gerechtigkeitsvorstellungen verwirklichen will, verfolgt sie den falschen Weg, den falschen Zuordnungsmodus.

Eine gerechte Verteilung des Haftungsgutes darf nicht durch Teilung und Zuteilung der haftenden Objektbereiche geschehen, denn an ihnen haben Konkursgläubiger und Realsicherungsnehmer gleiches Interesse.

Die Verteilung der haftenden Gegenstände muß sich vielmehr an einem anderen Maßstab orientieren: an der Berechtigung der sich jeweils widersprechenden Belange von gesicherten und ungesicherten Gläubigern bezüglich der Inanspruchnahme des gleichen Gegenstandes für ihre Befriedigung.

1 für die Durchsetzung von Ansprüchen der Masse bzw. für die Abwehr von Ansprüchen gegen sie ist der Konkursverwalter zuständig.

2 vgl. oben die Zusammenfassung der Standpunkte, Seite 117 .

bbb) So wurde ein überwiegendes Interesse des künftigen Pfandgläubigers am Schutz seines Vollrechtserwerbs nur anerkannt in den Fällen, in denen er entweder ausgleichspflichtige Vorleistungen aus seinem Vermögen¹ erbracht hatte oder aber sich infolge der Bindung an den forderungs-begründenden Tatbestand der Inanspruchnahme seines Vermögens nicht mehr entziehen kann. Es besteht zunächst kein Anlaß, die Konsequenzen dieser Grundsatzertwägungen in Fällen der Insolvenz anders als bisher zu beurteilen. Prinzipiell darf das berechnigte und schutzwürdige Interesse des künftigen Pfandgläubigers am Bestand seiner Sicherheit auch im Konkurs nicht vernachlässigt werden. Mit der Anerkennung der Konkursbeständigkeit des künftigen Pfandrechts wäre dem notwendigen Vertrauensschutz in angemessener Weise Rechnung getragen.

Allerdings ließe sich gerade im Insolvenzfall einwenden, daß das Gesetz selbst eine andere Art des Vertrauensschutzes vorsehe, die jede Anerkennung der Sicherheiten im Konkurs obsolet werden läßt.

So kann der Gläubiger bei einer erheblichen Negativentwicklung der Vermögenslage seines künftigen Schuldners die eigene (Gegen-) Leistung zurückhalten (§ 321) bzw. sich durch Widerruf ganz aus der eingegangenen Verpflichtung befreien (§ 610²). Infolge dieser Gläubigerschutzbestimmungen führte die Bindung an den forderungsbe-gründenden Tatbestand zu keinen Nachteilen für den vor-

1 Das Pfandrecht der Mitglieder einer ARGE gem. § 24.9 Abs.II des Mustervertrages der deutschen Bauindustrie (abgedruckt bei Fahrenschon, aaO.) an den Geräten und Stoffen eines ausscheidenden Gesellschafters könnte hierfür paradigmatisch sein. Denn regelmäßig entspringt ein Teil der Ansprüche der in der Arge verbleibenden Gesellschafter gegen ein ausscheidendes Mitglied aus rechtlich bedingten Tatbeständen, die ihren Ursprung im Gesellschaftsvertrag haben und mit dem Ausscheiden vollwirksam werden; so zum Beispiel die Haftung für Fehlbeträge nach § 739 oder die Verpflichtung zum Ersatz von Aufwendungen, die die Gesellschaft für die Dauer der Mitgliedschaft des einzelnen Gesellschafters in der ARGE gemacht hat. Das Pfandrecht soll diese Ansprüche sichern.

2 § 610 wird in der Bankpraxis weitgehend durch Nr.17 S.2 der AGB-Banken, abgedruckt bei Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 2. Teil IV (8), verdrängt.

leistenden Gläubiger im Synallagma (bei § 321) bzw. könnte die Bindung sogar ganz entfallen und mit ihr das Bedürfnis, das Vertrauen des Gläubigers in seine Sicherheiten zu schützen.

Ein solcher Einwand würde mehrere Gesichtspunkte verkennen.

Zum ersten handelt es sich bei §§ 321, 610 um Anwendungsfälle der "clausula rebus sic stantibus"¹ des gemeinen Rechts, die im BGB keine allgemeine Anerkennung gefunden hat und nicht als allgemeines Rechtsprinzip gilt.²

Ihrer Anwendung sind deshalb Grenzen gesetzt. So wird bei § 321 insbesondere Rücksicht genommen werden müssen auf die Frage des tatsächlichen Bestehens eines die Pflicht zur einseitigen Vorleistung begründenden Synallagmas³, bei § 610 auf das Bestehen einer Pflicht zur Hingabe von Darlehensvaluta⁴. Einer Verallgemeinerung dieser exakt festgelegten Tatbestände auf jede Art von (auch freiwilliger) Vorleistung wird man nur mit äußerster Zurückhaltung begegnen dürfen.

Zum zweiten erfassen die §§ 321, 610 nicht das hier gestellte Problem. Diese Vorschriften haben gerade die Situation des ungesicherten Gläubigers vor Augen, dessen Schuldner der Insolvenz zutreibt. Leistungsverweigerung⁵ bzw. Lösungsrecht nach §§ 321, 610 entfallen, soweit der Gläubiger über ausreichende Sicherheiten verfügt.

Die Gefahr des Zirkelschlusses liegt freilich nahe. Denn die Frage ist ja gerade, ob der Gläubiger über solche effektiven Sicherheiten tatsächlich verfügt, ob diese

1 Mot. II, 199; grundlegend RGZ 50, 255, 257 ff.

2 vgl. Staudinger/Otto, Rdnr. 3 zu § 321; Palandt/Heinrichs, Anm. 6 A zu § 242.

3 Staudinger/Otto, Rdnr. 3 zu § 321

4 RGRK-Ballhaus, Rdnr. 2 zu § 610

5 vor Entstehen der Forderung ist keine der Parteien im Synallagma zur Leistung verpflichtet; § 321 ist insoweit nur zur Vervollständigung des gesetzlichen Wertungsbildes angeführt.

sich auch im Konkurs behaupten können. Oder ob man nicht vielmehr wegen des Versagens der akzessorischen Sicherheit im Konkurs auf der Erhaltung der Lösungsmöglichkeit bestehen muß.

Die letztgenannte Alternative scheint mir aber vom Gesetz gerade nicht vorgezeichnet. Offensichtlich wird dies vor allem, wenn das zu unterscheidende schuldrechtliche und dingliche Rechtsverhältnis zum Gläubiger sich äußerlich leicht sichtbar in verschiedene Personen, Schuldner und Pfandeigentümer, aufspaltet. Denn §§ 321, 610 erlauben die Leistungsverweigerung bzw. die Lösung aus der Vorleistungspflicht nur, wenn sich die Vermögensverhältnisse ihres synallagmatischen Vertragspartners bzw. ihres künftigen Darlehensschuldners verschlechtern. Maßgeblich sind nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzestextes nicht die Vermögensverhältnisse des Sicherungsgebers, sondern die "des anderen Teils"¹ des Schuldverhältnisses. Verschlechterungen der Vermögenslage des Sicherungsgebers unterfallen schon dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen nach nicht deren Regelungsinhalt.

Zum dritten schließlich verstieße eine (analoge) Anwendung der §§ 321, 610 auf Fälle der Vermögensverschlechterung beim Sicherungsgeber gegen die Funktion von Sicherungsrechten in der modernen Kreditpraxis. So verfolgen die Parteien, die Sicherheiten bestellen, regelmäßig den Zweck, die Leistungsbereitschaft des künftigen Gläubigers anzuregen bzw. zu erhöhen. Das Insolvenzrisiko soll dem Geschäftspartner des künftigen Schuldners abgenommen werden, sodaß das gesicherte Rechtsgeschäft zum Abschluß und zur ungehinderten Durchführung gelangen kann. Müßte der Sicherungsnehmer im Insolvenzfall mit einem Ausbleiben seiner Sicherheit rechnen, wäre diese von vornherein weitgehend wertlos. Der Vermögensverfall des Geschäftspartners, insbesondere dessen Konkurs,

1 vergleiche den genauen Gesetzeswortlaut der §§ 321 und 610.

stellen die "Bewährungsprobe"¹ der Sicherheiten dar. Die Sicherungsrechte verlören ihre Funktion und damit ihre maßgebliche Bedeutung in der Kreditwirtschaft, wenn der ausdrücklich durch dingliche Zuweisung einer Sache gesicherte Gläubiger zwar nicht die Insolvenz des Schuldners, dafür aber die Hinfälligkeit der dinglichen Sicherheit infolge des Konkurses des Sicherungsgebers fürchten müßte und damit im Ergebnis - bei gleichzeitigem Vermögensverfall des Schuldners - wie ein ungesicherter Gläubiger stünde.² Bereits durch den Rechtsbestellungsakt wird ein bestimmter Gläubiger vor anderen herausgehoben. So geht insgesamt die Tendenz eines Sicherungsgeschäfts nicht dahin, das Haftungsgut den potentiellen (Konkurs-) Gläubigern des Sicherungsgebers zuzuordnen, sondern vielmehr dem durch den vor dem Konkurs abgeschlossenen dinglichen Bestellungsakt bestimmten Gläubiger des persönlichen Schuldners. Dieser, und nicht Gläubiger des Sicherungsgebers, soll nach dem Willen aller am Sicherungsgeschäft Beteiligten, insbesondere auch nach dem Willen des vor dem Konkurs noch voll verfügungsbefugten Pfand Eigentümers näher an den Sachwert heranrücken. Nur auf der gedanklichen Grundlage dieser "Wertnähe" des gesicherten Gläubigers erfolgen der Abschluß des forderungsbegründenden Tatbestands und die (gleichzeitige oder spätere) dingliche Pfandzuordnung. Mit Rücksicht auf diese Kriterien wird man anerkennen müssen, daß der (künftige) Pfandgläubiger der Sache näher steht als mögliche Gläubiger des Sicherungsgebers und einem Sachwertverlust ferner als diese.

So läßt sich im Ergebnis festhalten, daß die Vermögenslage des Sicherungsgebers das gesicherte Geschäft nicht beeinflußt. Insbesondere erlaubt die Konkursöffnung über das Vermögen des Pfandeygners dem künftigen Pfandgläubiger nicht die Lösung aus seiner Bindung an den

1 Serick, Eigentumsvorbehalt, Bd. III., § 35, S. 265

2 So ist z.B. dem Bürgen als Personalsicherer die Einrede der Vorausklage bei Konkursöffnung über das Vermögen des Hauptschuldners verwehrt, § 773 I Nr. 3: Gerade im KO soll die Sicherung des Gl. wirken.

forderungsbegründenden Tatbestand. Der Gläubiger einer bedingten Forderung bleibt insoweit auf die Effizienz seiner Sicherheit angewiesen. Er bedarf des Schutzes vor einem Versagen des Sicherungsrechts im Konkurs des Sicherungsgebers.

Anders verhält es sich dagegen beim Gläubiger einer künftigen Forderung. Bei deren Sicherung hat sich die durch die Verpfändung geschaffene, rein faktische Möglichkeit der Sachverwertung noch in keiner Weise zu einer konkreten Form verdichtet. Der künftige Gläubiger war weder zu Vorleistungen verpflichtet, noch hat er solche erbracht. Er ist auch nicht bindend gehalten, in Zukunft Teile seines Aktivvermögens ungesichert preiszugeben. Vielmehr kann er jederzeit von der Begründung der Forderung Abstand nehmen, die zu einer Vermögensminderung führen könnte. Es fehlt insofern jedes Bedürfnis, das Vertrauen des ungebundenen Gläubigers in die Effektivität der bestellten Sicherheit auch noch im Konkurs des Sicherungsgebers zu schützen.

Im Ergebnis liefe ein solcher Schutz auch auf die Anerkennung der Befriedigung einer künftigen Forderung aus Konkursmasse hinaus. Denn die Pfandsache gehört zum Vermögen des Gemeinschuldners. Mit der (formalen) Verwertung der Sache "wegen der Pfandforderung", vgl. § 48 KO , erhält der Gläubiger (wirtschaftlich) Befriedigung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners, - wegen einer künftigen Forderung.¹ Nach der Konzeption des Konkursrechts aber soll die Masse nur für bestehende und (geschäftlich oder rechtlich) bedingte,² nicht jedoch für künftige Forderungen haften³. Mit Rücksicht auf gegenwärtige und bedingte Gläubiger des Pfandeygners

-
- 1 Das Problem wird freilich nur relevant bei Personenverschiedenheit von Schuldner und Gemeinschuldner (Pfandeygner). Bei Personenidentität wird der künftige Gläubiger weder Konkursgläubiger noch - mangels bestehender Pfandforderung - Absonderungsberechtigter.
 - 2 mit ihnen kann gem. § 54 KO aufgerechnet werden; sie berechtigen gem. § 67 KO zur Sicherung.
 - 3 h.M., vgl. nur Hess/Kropshofer, Rdnr. 4 zu § 3 KO m.w. Nachweisen; Jaeger/Henckel, Rdnr. 38 zu § 3 KO

wäre es unbillig, den ab Eintritt des Konkurses ihnen verhafteten Wert der Masse im Ergebnis auch für die Befriedigung einer bloß künftigen Forderung heranzuziehen, obwohl das Konkursrecht gerade diesen generell die Anerkennung versagt.

Zwar ist in § 1204 II ausdrücklich auch die Sicherung einer künftigen Forderung durch Pfandrecht zugelassen, doch wird die Auswirkung dieser Sicherungsmöglichkeit sinnvollerweise da ihre Grenze haben müssen, wo für die Anerkennung eines gesetzlichen Schutzes kein Raum ist und gewichtige Interessen anderer Gläubiger ihrerseits der rechtlichen Fürsorge bedürfen.

ccc) Den eben dargelegten Positionen des dinglich gesicherten Gläubigers steht das Interesse der ungesicherten (Konkurs -) Gläubiger an der möglichst ungeschmälernten Erhaltung der Masse nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Pfandeygners gegenüber.

Daß die Masse durch ein Pfandrecht, das sich noch im Konkurs vollenden kann, verringert wird, und daß diese Verringerung ohne die Vollendung des Rechts nicht eingetreten wäre, ist - wie beim konkursfesten Erwerb aufschiebend bedingter Rechte generell - offensichtlich. Das Problem liegt auch nicht in der formalen Tatsache der Schmälerung, sondern in der Frage ihrer Zumutbarkeit bzw. ihrer Berechtigung gegenüber den Konkursgläubigern.

Zur Klärung dieses Konflikts sind die Gründe für die bevorzugte Stellung des dinglich gesicherten Gläubigers im Konkurs zu analysieren. Denn ohne Zweifel haben die Konkursgläubiger das Absonderungsrecht des Realgläubigers hinzunehmen, wenn die gesicherte Forderung noch vor dem Konkurs entstanden ist.

Nach Aufhellung der Hintergründe dieser "Duldungspflicht" wird sich beantworten lassen, ob die Hinnahme einer Absonderungsbefugnis des Realgläubigers den Konkursgläubigern nicht auch im Falle der Sicherung einer bedingten oder

künftigen Forderung zugemutet werden kann.

(1) Wesentlichen Anteil an der Begründung der Vorzugsstellung des dinglich gesicherten Gläubigers trägt, wie oben schon angedeutet, der Akt der Verpfändung selbst.

Denn durch ihn wird der Sicherungsgegenstand deutlich von der (späteren) Konkursmasse getrennt, er wird erkennbar "der allgemeinen Bestimmung, zur Berichtigung aller persönlichen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners zu dienen, entzogen und in einen Kreis und Zweck der ausschließlichen und vorzugsweisen Verhaftung für eine¹ Forderung gestellt."² Die Erkennbarkeit der Absonderung des Gegenstandes ist nach dem Willen der Verfasser der Konkursordnung maßgebliches Kriterium, um die "späteren Gläubiger in der Beurteilung der Vermögenslage ihres Schuldners nicht ungebührlich" zu täuschen.³

Die dingliche Verhaftung eines Gegenstandes durch sichtbare Trennung vom sonstigen Vermögen des nachmaligen Gemeinschuldners bildet nach der Konzeption der KO den Hauptgrund für die Bevorzugung der Realgläubiger. Die ungesicherten Gläubiger müssen ab der Verpfändung schlimmstenfalls mit der Verwertung der Sache außerhalb des Konkurses und insofern mit dem endgültigen Wegfall des verpfändeten Vermögensstückes für Zwecke ihrer (anteiligen) Befriedigung rechnen.

Diese Folge wird ihnen unter dem Blickwinkel zugemutet, daß sie ihre eigene Kreditpolitik gegenüber dem Schuldner, dem nachmaligen Gemeinschuldner, an der nach außen in Erscheinung tretenden Vermögensteilung oder -trennung ausmessen und gestalten können.

Welchen Grad von Wahrscheinlichkeit die vom Schicksal der gesicherten Forderung abhängige Sachverwertung zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung erreicht hat, ist für die un-

1 Im Text heißt es unter Bezug auf eine frühere Erwähnung der Forderung wörtlich: "jene Forderung".

2 Hahn, Materialien zur KO, S. 185, 186

3 Hahn, Materialien zur KO, S. 186

gesicherten Gläubiger nicht erkennbar. Werden, Bestehen oder Untergang der Forderung spielen sich nach außen unsichtbar allein im Verhältnis zwischen Gläubiger und persönlichem Schuldner ab.

Das Schicksal der Forderung schafft, anders als die Verpfändung, keinen für Dritte manifesten Tatbestand, auf dessen Eintritt oder Ausbleiben diese sich zu recht oder zu unrecht, schützenswert oder nicht schützenswert verlassen dürften.

Es besteht deshalb zunächst weder Anlaß noch Berechtigung, den Belangen der Konkursgläubiger aus diesem Gesichtspunkt bei Bestehen der Forderung mehr Schutz angedeihen zu lassen als bei (noch) nicht bestehender Forderung.

(2) Die dingliche Zuordnungsfunktion des Verpfändungsakts darf aber nicht zu der Annahme verleiten, das dingliche Vorrecht der Realgläubiger müsse sich mangels erhöhten Schutzbedürfnisses der Konkursgläubiger bei noch nicht bestehender Forderung bei der Sicherung aller Arten von Forderungen im Konkurs durchsetzen. Denn es hat sich gezeigt, daß das Interesse der dinglich gesicherten Gläubiger an der Konkursfestigkeit ihrer Sicherheiten nicht bei allen "künftigen" Forderungen gleichermaßen schwer wiegt.

Für eine Harmonisierung der widerstreitenden Belange gibt deshalb zwar nicht auf der Waagseite der Konkursgläubiger, wohl aber auf jener der Realgläubiger unterschiedliches Interessengewicht den Ausschlag: Vertraut der dinglich gesicherte Gläubiger zu Recht auf den Bestand seiner Sicherheit im Konkurs - so bei der Sicherung einer aufschiebend bedingten Forderung -, muß diesem Vertrauen entsprechender Schutz zuteil werden. Ein Schutz, der sich nur durch Zurückdrängen der Belange der Konkursgläubiger, nur durch Wegnahme dessen, was dem Realgläubiger gegeben werden soll, erreichen läßt.

Ist jenes Vertrauen des gesicherten Gläubigers in die Konkursfestigkeit seiner akzessorischen Sicherheit dagegen ohne legitime Berechtigung - so bei der Sicherung einer künftigen Forderung - besteht kein Grund, die Belange der Konkursgläubiger länger hintan zu stellen. Ihr Interesse an der Masse geht demjenigen des Realgläubigers vor.

Diese Wertung führt zu dem Ergebnis, daß das Pfandrecht für eine bedingte Forderung sich noch im Konkurs zum Vollrecht vollenden kann, also konkursfest ist, das Pfandrecht für eine künftige Forderung dagegen nicht.

ee) Im Konkurs des (künftigen Pfand-) Gläubigers erweist sich dieses Ergebnis als logisch konsequent und interessengerecht.

Die gegen den Schuldner gerichtete, pfandgesicherte aufschiebend bedingte Forderung gehört - wie regelmäßige Anwartschaftsrechte¹ - zur Konkursmasse des (Pfand-) Gläubigers. Bei Eintritt der Bedingung steht sie den Konkursgläubigern zur gemeinschaftlichen anteiligen Befriedigung zur Verfügung. Weder mit dem Grundsatz der Akzessorietät noch mit den berechtigten Schutzinteressen der Konkursgläubiger ließe sich nun die Trennung des Pfandrechts von der gesicherten Forderung vereinbaren.

Wäre nicht auch diese Pfandrechtsanwartschaft schon dem Vermögen des Gemeinschuldners näher als dem (ursprünglichen) Vermögen des Sacheigentümers, und ließe sich nicht im Falle der Nichtzahlung der Forderung auf sie zurückgreifen, müßten die Konkursgläubiger zu unrecht das Insolvenzrisiko des (Dritt-) Schuldners tragen. Die Funktion des Sicherungsrechts liefe ins Leere und der Sacheigentümer würde unbilligerweise aus einer Haftung entlassen, die er ausdrücklich durch Verpfändung begründet hat. Nach herrschender Auffassung² sind für die Entscheidung, ob ein Recht konkursfest ist oder nicht, die gleichen Grundsätze verwertbar, die für die Feststellung herangezogen werden, ob eine Rechtsposition schon zur Konkursmasse gehört. So ist es nur folgerichtig, wenn der Zugehörigkeit

1 vgl. Jaeger/Henckel, Rdnr. 129 zu § 1 KO

2 vgl. nur Jaeger/Henckel, Rdnr. 60 zu § 15 KO

des künftigen Pfandrechts für eine bedingte Forderung zur Konkursmasse des Pfandgläubigers die Konkursfestigkeit dieser Position im Konkurs des Sacheigentümers entspricht.¹

f) In den bisherigen Erwägungen zur Konkursfestigkeit des Fahrnispfandrechts für eine künftige oder bedingte Forderung blieb die gleich zu Anfang gestellte Frage² nach einer berechtigten Homogenisierung der Rechtsfolgen bei Hypothek und Pfandrecht unbeantwortet. Erst jetzt ist es abschließend möglich, darauf einzugehen.

aa) Für eine Gleichbehandlung im Konkurs sprechen zunächst die gleiche Rechtsnatur als beschränktes, dingliches Verwertungsrecht³, die gleiche akzessorische Struktur im Stadium der Entstehung⁴, die nämliche dreistufige Entwicklung⁵ mit der entsprechenden Folge in der Haftungszuordnung des Eigentümervermögens und schließlich alle bis hierher dargelegten Interessengründe.

bb) Gegen eine Gleichbehandlung spricht allerdings ein gewichtiges Interesse des Grundstückseigentümers selbst. Denn durch die Zulassung der Konkursfestigkeit der Hypothek für eine bedingte Forderung, zum Beispiel zur Sicherung der Nachschußpflicht des Genossen im Konkurs

1 Ist die pfandgesicherte Forderung nicht vor dem Konkurs zumindest begründet (künftige Forderung), kann sie der verfügungsbeschränkte Gemeinschuldner auch nicht mehr begründen. Der Pfandeiigner kann die Pfandsache herausverlangen, da spätestens mit Konkursöffnung feststeht, daß eine Forderung durch den ins Auge gefaßten künftigen Pfandgläubiger, den jetzigen Gemeinschuldner nicht mehr begründet werden und damit nicht mehr entstehen kann. Beläst der Eigentümer die Pfandsache bewußt (!) dem Konkursverwalter - eine wohl mehr theoretische Fallkonstellation -, kann sie eine durch diesen begründete Forderung sichern und so im Sicherungsfall den Konkursgläubigern zugute kommen. Jedenfalls bestehen weder dogmatischer Anlaß noch interessenbedingte Rechtfertigung, die Pfandsache ohne zugehörige künftige Forderung von vorneherein der KO-Masse zuzuordnen,

2 oben S. 117

3 vgl. oben S. 47

4 vgl. oben S. 47

5 vgl. oben S. 54, Fn. 1

der Genossenschaft gemäß § 105 GenG¹, würde unter Umständen schon sehr frühzeitig ein erhebliches² Vermögensstück des Eigentümers, im gewählten Beispiel also schon im Zeitpunkt des Beitritts zur Genossenschaft als dem Zeitpunkt der tatbestandlichen Begründung der später (mit Konkursbeginn) entstehenden Forderung, der Allgemeinhaftung entrückt und in den Sonderkreis der Haftung für einen bestimmten Gläubiger eingestellt. Die ungesicherten Gläubiger müßten ab dem Zeitpunkt der Hypothekenbestellung mit der Verwertung des Grundstücks außerhalb des Konkurses rechnen. Dementsprechend richteten sie ihr eigenes Kreditverhalten gegenüber dem Grundstückseigentümer ein. Dies könnte bei sonstiger Vermögenslosigkeit des Grundeigners zu einer unnötigen Einschränkung seiner Kreditwürdigkeit führen. Unnötig vor allem deshalb, weil gar nicht sicher ist, ob die Forderung, für die das Grundstück haften soll, auch entstehen wird. Die Immobilie wäre damit unter Umständen auf lange Zeit und auf unsicherer Basis dem Allgemeinzugriff entzogen.

Auf der anderen Seite aber bleibt es gerade dem Grundeigentümer überlassen und muß es ihm als autonomem Gestalter seiner Rechtsverhältnisse überlassen bleiben, ob und inwieweit er sein Vermögen "verpfändet". Entscheidet er sich, eine bedingte Forderung durch Hypothek zu sichern, muß er das daraus erwachsende Risiko in Kauf nehmen. Auch kann die bis zur Entstehung der Forderung ihm zugewiesene Eigentümergrundsuld für ihn als Sicherungsmittel durchaus von Wert sein, insbesondere

1 als aufschiebend bedingte Forderung; im einzelnen nicht unstrittig, so jedenfalls Schaffland in Lang/Weidmüller, Rdnr. 9 zu § 105 GenG; aA unter Vermengung der Begriffe Forderungsbegründung und -entstehung Meyer/Meulenbergh/Beuthien, Rdnr. 3 zu § 105 GenG; vgl. auch BGH NJW 1964, 766, 767 und dagegen wieder BGH NJW 1978, 538, 540.

2 Der regelmäßig hohe Wert bei Immobilien ist bei Fahrnis eher die Ausnahme. Überdies ist die hypothekarische Sicherung weitaus häufiger als die pfandrechtliche, die durch die Sicherungsübereignung verdrängt wurde; die Bodenkreditform ist insofern von einschneidenderer Wirkung für die Vermögenssituation des Eigentümers als der Fahrniskredit.

zur Zwischenfinanzierung.

Für den künftigen Hypothekar gelten in diesem Falle die gleichen Erwägungen wie für den künftigen Fahrnispfandgläubiger. Ist er einmal als Realgläubiger im Grundbuch eingetragen, darf er sich auf den Bestand "seines" Sicherungsrechts verlassen.

cc) Das bedeutet im Ergebnis: Ist der künftige Hypothekar an das Entstehen der Forderung gebunden, zum Beispiel durch einen Krediteröffnungsvertrag, der ihn zur Ausreichung der Valuta verpflichtet¹, kann er die Darlehenssumme auch noch während des Konkurses an den Konkursverwalter auszahlen und die Hypothek erwerben, wenn der Konkursverwalter die Durchführung des Geschäfts will, § 17 KO.² Fällt nur der vom Schuldner verschiedene Grundeigentümer in Konkurs, so bleibt es mit Rücksicht auf die oben³ dargelegte Funktion des Sicherungsrechts grundsätzlich bei der Bindung an den forderungsbegründenden Tatbestand. Der im Grundbuch eingetragene Hypothekar sollte in seinem berechtigten Vertrauen auf die Effizienz seines (künftigen Voll-) Rechts nicht enttäuscht werden; schließlich ist er bei notleidender Forderung darauf angewiesen.

Die ungesicherten Konkursgläubiger werden insofern nicht unangemessen benachteiligt, als sich die Bonität des Grundeigentümers aus dem Grundbuch anhand der dort angetragenen Belastungen ohne weiteres ablesen läßt. Die Gefahr der Grundstücksverwertung zugunsten Dritter ist damit frühzeitig erkennbar. Es liegt an der Umsichtigkeit oder Risikofreudigkeit der einzelnen Gläubiger des Grundeigners, inwieweit sie ungesicherte Geschäfte mit ihm eingehen wollen.

Anders liegt es dagegen wieder bei fehlender Bindung des künftigen Hypothekars im Verhältnis zum Schuldner. Steht es dem künftigen Grundpfandgläubiger noch frei, ob er das

1 vgl. K.Schmidt, Darlehen im KO, S. 762; Schöнке, Konkursöffnung, S. 2745

2 so K.Schmidt, Darlehen im KO, S. 759, Fn.44 zur Funktion des Konkursverwalters

3 oben S. 132 ff.

Darlehen auszahlt oder nicht, kann er mangels schutzwürdigen Vertrauens auf den Bestand der Sicherheit die Hypothek nicht mehr durch Valutierung im Konkurs erwerben.

2. Besondere Konkursanfechtung¹, § 30 KO

Entstehen gesicherte Forderung und akzessorisches Sicherungsrecht in den kritischen Zeitabschnitten des § 30 KO, also noch vor Eröffnung des Konkursverfahrens, ist der Rechtserwerb des Sicherungsnehmers den Konkursgläubigern gegenüber wirksam, unterliegt jedoch unter Umständen der Anfechtung durch den Konkursverwalter. Diesem Problemkreis ist der letzte Abschnitt dieser Arbeit gewidmet.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der für die Anfechtung maßgebliche Akt "der Rechtsakt, mit dem der Vollzug des Rechtserwerbs des Anfechtungsgägners eingetreten ist."² Dies ist nach Ansicht des BGH bei der Vorauszession der Zeitpunkt des Entstehens der Forderung³, bei der Hypothek der des Entstehens der gesicherten Forderung⁴ und beim Mobiliarpfandrecht der des dinglichen Pfandrechtsbestellungsakts, da jeweils zu diesen Zeitpunkten die "Masse endgültig geschmälert worden ist".⁵ Fallen diese Ereignisse in die Krise des § 30 KO, kann der an sich wirksame Rechtserwerb angefochten werden.

Das Reichsgericht vertrat gerade für den Fall der Vorauszession einer aufschiebend bedingten Forderung

-
- 1 vgl. zu diesem gebräuchlichen Ausdruck: Jaeger/Lent, Einleitung zu § 30 KO
2 BGH in NJW 1983, 1120, 1122; BB 1955, 236; WM 1972, 363, 364
3 BGHZ 30, 238, 240; BGHZ 64, 312 = NJW 1975, 1226 ff.
4 BGH NJW 1983, 1120, 1123
5 BGH NJW 1983, 1120, 1123

die Auffassung, es sei der Zeitpunkt der Abtretung der allein maßgebliche.¹

Nach der hier vertretenen Ansicht entsteht das Fahrnispfandrecht erst mit der Forderung, tritt die endgültige Vermögensbelastung erst mit dem Entstehen der Forderung ein. Die Übertragung der Rechtsprechung des BGH auf diesen Fall führt zur Annahme der Anfechtbarkeit des Rechtserwerbs des Pfandgläubigers, wenn die Forderung in der Krise entsteht und der Gläubiger die Krise kannte.

Nicht zuletzt wegen der Gleichbehandlung der künftigen und bedingten Forderung im Rahmen einer solchen Auffassung scheint mir dieses Ergebnis nicht befriedigend. Denn auch hier ist eine nach Art der Forderung differenzierende Betrachtung geboten, wie sich im folgenden zeigen wird.

b) Sicherung einer aufschiebend bedingten Forderung

Wird das Sicherungsrecht selbst in der Krise bestellt, ist dieser Rechtsakt als "Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners" -außer in den Fällen des sog. Bargeschäfts²- ohne weiteres gemäß § 30 Nr.1 Alt.1 KO anfechtbar. Für die vorliegende Arbeit ist deshalb von größerem Interesse der Fall, in dem die Bestellung des Sicherungsrechts und die tatbestandliche Begründung der Forderung vor Eintritt der Krise erfolgten, Forderung und Sicherungsrecht aber in der Krise entstehen.

1 RG vom 17.März 1908 in RGZ 67, 425,430:" Die (unbedingte) Forderung selbst erwirbt der Zessionar... erst mit dem Eintritt der Bedingung, weil sie erst da zur Entstehung gelangt; vom Zedenten aber hat er sie nicht erst in diesem Zeitpunkt, sondern schon durch die Abtretung erworben. Als anfechtbare Rechtshandlung erscheint ausschließlich die Abtretung." So auch Jaeger/Lent, Rdnr. 13 zu § 30 generell für bedingte Rechte.

2 Das sind Fälle, in denen der Gemeinschuldner für die Gewährung der Sicherheit sofort eine gleichwertige Gegenleistung erhält, sodaß eine Gläubigerbenachteiligung ausgeschlossen ist, vgl. Jaeger/Lent, Rdnr. 37 zu § 30 KO; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Rdnr. 23 zu § 30 KO.

aa) Eine Anfechtung nach § 30 Nr.1 Alt.1 KO (Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners) scheitert am Fehlen jeglicher rechtsgeschäftlicher Mitwirkung des nachmaligen Gemeinschuldners am Entstehen der Forderung, das als logische Folge eines bereits vor der Krise in Gang gesetzten Kausalverlaufs "automatisch" eintritt.

bb) Eine Anfechtung nach § 30 Nr.1 Alt.2 oder Nr.2 KO (Sonstige Rechtshandlung) setzt voraus, daß einem Konkursgläubiger (kongruente oder inkongruente) Sicherung zum Nachteil der anderen Konkursgläubiger gewährt wird.

Gerade dem Tatbestandsmerkmal "Konkursgläubiger" schenkt die Rechtsprechung des BGH zu wenig Aufmerksamkeit. Wird denn hier wirklich ein Konkursgläubiger zu Lasten der anderen Konkursgläubiger bevorteilt ?

Richtet sich die gesicherte Forderung des Gläubigers gegen einen vom Gemeinschuldner verschiedenen Dritten, ist die (verneinende) Antwort einfach: der gesicherte Gläubiger ist nicht Konkursgläubiger, er kann deshalb auch nicht Anfechtungsgegner sein.¹

Richtet sich die gesicherte Forderung gegen den nachmaligen Gemeinschuldner selbst, ist der (Grund- oder Fahrnis-) Pfandgläubiger Konkursgläubiger und Absonderungsberechtigter; das ist rechtlich zulässig.²

Entsteht nun die Forderung während der Krise, vervollkommen sich gleichzeitig zwei Rechtspositionen. Der Gläubiger wird unbedingter Konkursgläubiger und unbedingter Absonderungsgläubiger. Als sachgesicherter Gläubiger war er demnach nie, auch nicht für eine

1 vgl. Jaeger/Lent, Rdnr. 39 zu § 30 KO; aa mit dem Hinweis auf den Zweck der Anfechtung Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Rdnr. 40 zu § 30 KO. Überwiegende Interessen des dinglich gesicherten Realgläubigers an der Beständigkeit seines als verbindlich in Aussicht gestellten Rechtserwerbs rechtfertigen jedoch die strenge Anwendung des Gesetzes.

2 allg. Meinung., vgl. nur Hess/Kropshofer, Rdnr. 1 zu § 3 KO; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Rdnr. 3 zu § 4 KO.

logische Sekunde lang, "gewöhnlicher Konkursgläubiger". Insofern ist es rechtlich unmöglich, daß durch Vollendung des Sicherungsrechts einem Konkursgläubiger Sicherung gewährt wurde, wie § 30 Nr.1 Alt.2 bzw. Nr.2 KO es verlangen. Der Tatbestand dieser Norm ist nicht erfüllt.

cc) Neben dieser formalen Erwägung spricht auch der Zweck der Anfechtung nicht für eine Rückgängigmachung des Rechtserwerbs des akzessorischen Sicherungsnehmers.

Zweck der Anfechtung ist es, sachlich ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen, durch die die Konkursmasse verkürzt worden ist, rückgängig zu machen¹, zu verhindern, daß noch einzelne Gläubiger sich Deckung verschaffen und dadurch das Prinzip der Gleichbehandlung aller Konkursgläubiger durchlöchert wird.²

Das Verständnis des § 30 KO als Ausfluß des Gedankens der par condicio creditorum und damit die Vorverlegung dieses Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Konkursgläubiger auf den Ausbruch der Krise³ hat sich heute⁴ weitgehend gefestigt. Die Anfechtung verfolgt letztlich - neben den Bestimmungen der §§ 6, 7, 14, 15 KO⁵ - im Interesse der gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger das Ziel, sachlich ungerechtfertigte Masseminderungen zu verhindern.

Die Massenschmälerung in der Krise müßte demnach sachlich ungerechtfertigt sein. Das ist sie nicht.

Denn mit der Vollendung des Bestellungstatbestandes des beschränkten dinglichen Rechts, kraft dessen sein Inhalt und Umfang verbindlich festgelegt wird, manifestiert sich nach außen der Wille der Verpfändungs-

1 Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Anm. 1 zu § 29 KO

2 BGHZ 58,240,243

3 was Canaris ausführlich vorgeschlagen hat in "100 Jahre Konkursordnung", S.78; ähnlich schon BGHZ 59,230,232 vom 25.9.1972 und andeutungsweise auch schon BGH NJW 1975, 122.

4 früher stand mehr die Pönalisierungsfunktion im Vordergrund der Anfechtung, vgl. Canaris, aaO.

5 so ausdrücklich BGH v. 30.10.1974 in NJW 1975,122.

parteien, daß die verpfändete Sache (Grundstück oder Fahrnis) dem gesicherten Gläubiger gebühren soll. Dieser weit vor der Krise oder dem Konkurs geschehene Willensakt des nachmaligen Gemeinschuldners legt den Grundstein für die später (vielleicht) eintretende Massenminderung. Er gewährt dem Gläubiger Sicherung seiner aufschiebend bedingten Forderung, indem er ihm die "haftungsrechtliche Priorität"¹ vor anderen Gläubigern einräumt. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkursgläubiger ist insofern gar nicht berührt, als der im Grundbuch eingetragene künftige Hypothekar oder der besitzende Fahrnispfandgläubiger mit ungesicherten Konkursgläubigern nie auf einer Stufe, nie mit ihnen in Konkurrenz stand.

Er unterschied sich von ihnen schon seit der Bestellung des Sicherungsrechts durch die Aussicht auf eine bevorzugte Position bei der Verteilung der Vermögensmasse im Konkurs.

Realisiert sich nun diese vom Gesetz zugelassene und vom späteren Gemeinschuldner (vor Verlust seiner Verfügungsbefugnis) bewußt gewollte Besserstellung des Realgläubigers in Form der endgültigen Belastung der Aktivmasse zugunsten einer bedingten Forderung , so ist daran nichts Ungerechtfertigtes zu erkennen. Schließlich verwirklicht sich nur eine vor der Krise begründete Sachhaftung, hinter der von Anfang an berechnete Befriedigungsinteressen eines Gläubigers standen. Es vollendet sich eine Vorzugsstellung, die die Konkursordnung selbst nach dem Willen ihrer Verfasser ausdrücklich nicht von der Anfechtung bedroht sehen möchte²; die Befriedigungsbefugnis eines dinglich gesicherten Gläubigers.

1 Paulus, Gläubigeranfechtung, S. 302

2 so sollte in § 30 KO - früher § 23 KO - statt "Konkursgläubiger" das Wort "Gläubiger" gesetzt werden. Dagegen wurde von einem Vertreter des Bundes rates geltend gemacht: "nehme man die Änderung vor, so könnten beide Absätze irrigerweise auch auf einen absonderungsberechtigten Gläubiger bezogen werden.", zitiert nach RG vom 9.12.1886, RGZ 17,26,28.

Ließe man hier die Anfechtung zu und nähme damit der auf begründete Befriedigungsinteressen des bedingten Gläubigers Rücksicht nehmenden Verfügung des Eigentümers nachträglich die Wirkung, würde der nachmalige Gemeinschaftschuldner de facto schon lange vor Ausbruch der Krise seiner Verfügungsmacht beraubt. Das aber ist nicht Ziel und Aufgabe des Anfechtungsrechts; es hat nicht jeder Willensäußerung des späteren Gemeinschaftschuldners die Wirkung im Konkurs zu nehmen, sondern nur solchen, die gegenüber den Konkursgläubigern nicht mehr zu rechtfertigen sind. Im übrigen hat das Anfechtungsrecht den Willen des nachmaligen Gemeinschaftschuldners zu respektieren, zumindest bis zum Eintritt der Krise.¹

c) Sicherung einer künftigen Forderung

Wird die gesicherte Forderung durch den nachmaligen Gemeinschaftschuldner erst in der Krise begründet, ist dieser Akt als "Rechtsgeschäft" des Gemeinschaftschuldners gemäß § 30 Nr.1 Alt.1 KO anfechtbar, soweit die Konkursgläubiger durch den Rechtserwerb des gesicherten Gläubigers bei Entstehen der Forderung benachteiligt sind.

An diesem Erfordernis der Benachteiligung wird die Anfechtung in einem solchen Falle regelmäßig scheitern. Denn mit Begründung und Entstehung der Forderung

1 Deshalb ist dem als Ausgangspunkt dieser Arbeit dienenden Urteil des BGH vom 26.1.1983 (Nachweise vgl. oben S.8) im Ergebnis zuzustimmen. Dort war den Mitgliedern einer Bau-ARGE ein Mobiliarpfandrecht bestellt worden für alle aus dem Gesellschaftsverhältnis bestehenden Ansprüche gegen den ausscheidenden Gesellschafter. Gesichert waren demnach bedingte Forderungen, die ihren tatbestandlichen Rechtsgrund im Gesellschaftsvertrag hatten und durch das Ausscheiden eines Gesellschafters aufschiebend bedingt waren. Die Sicherung dieser Forderungen ist, soweit sie, wie hier geschehen, außerhalb des Konkurses bzw. der Krise erfolgt, auch nach der hier vertretenen Ansicht nicht anfechtbar. Die Anfechtungsklage des Konkursverwalters des ausgeschiedenen Pfandesigners hatte also zu Recht keinen Erfolg.

gelangt deren Gegenwert, zum Beispiel eine Darlehenssumme in das Vermögen des nachmaligen Gemeinschuldners, sodaß die Aktivmasse durch die Entstehung des Sicherungsrechts effektiv nicht gemindert wird.¹

Wurde die bewegliche oder unbewegliche Sache des späteren Gemeinschuldners dagegen für eine künftige fremde Schuld "verpfändet", so ist der in die Krise fallende Begründungstatbestand der Forderung regelmäßig nicht gemäß § 30 Nr.1 Alt.1 KO anfechtbar, da er sich zwischen drittem Schuldner und Gläubiger vollzieht, also nicht Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners sein kann.²

Der gesicherte Gläubiger ist auch nicht Konkursgläubiger und insofern nicht tauglicher Gegner einer Anfechtung nach § 30 Nr.1 Alt.2 bzw. Nr.2 KO.³ Wie erwähnt geht es aber in § 30 KO darum, vorkonkursliche, sachlich ungerechtfertigte Schmälerungen der Masse zum Nachteil der Konkursgläubiger ungeschehen zu machen. Es wäre insofern grob zweckwidrig⁴, sich auf das formale Kriterium der fehlenden Konkursgläubigereigenschaft zurückzuziehen. Denn es ist ganz offensichtlich, daß die Masse in diesem Fall eine tatsächliche Schmälerung erfährt, ohne daß ihr eine entsprechende Gegenleistung zufließt, oder daß schutzwürdige Befriedigungsinteressen des gesicherten Gläubigers dies entschuldigen würden.

Schon oben wurde bei der Erörterung der Konkursfestigkeit der Sicherung einer künftigen Forderung festgestellt,

1 Die Situation entspricht der des -ebenfalls nicht anfechtbaren, vgl. oben S. 144, Fn.2 - Bargeschäfts; nur werden dort Forderung und Sicherheit in der Krise begründet, während hier die Sicherheit tatbestandlich schon vor der Krise begründet wurde. Gemeinsam ist beiden Rechtslagen das (endgültige) Entstehen von Forderung und Sicherheit in der Krise.

2 Wenig aussichtsreich scheint mir deshalb der gerade auf diese Anfechtung verweisende Vorschlag von Jaeger/Lent, Rdnr. 39 zu § 30 KO, wenn es um die Sicherstellung fremder Verbindlichkeiten geht.

3 so Jaeger/Lent, Rdnr. 39 zu § 30 KO.

4 so auch Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Rdnr. 40 zu § 30 KO

daß - trotz gültiger Verpfändung - keine berechtigten Interessen des dinglich gesicherten Gläubigers seine Bevorzugung zum Nachteil der Konkursgläubiger sachlich rechtfertigen. Die bloße Sachzuweisung genügt für die Anerkennung eines Vertrauensschutzes nicht, solange sie ohne jede Forderungsgrundlage erfolgt. Vielmehr gebietet der Zweck des § 30 KO eine Vorverlegung des Grundsatzes der par condicio creditorum auf den Ausbruch der Krise zum Vorteil der gegenwärtigen und bedingten Befriedigungsinteressen der ungesicherten Gläubiger. Solange nicht überwiegende Befriedigungsinteressen des Realgläubigers den Zweck der Anfechtung überbieten, gebührt diesem Zweck der Vorrang.

Der Rechtserwerb des dinglich gesicherten Gläubigers einer nur künftigen Forderung muß deshalb gerechterweise anfechtbar sein, soweit die sonstigen Voraussetzungen des § 30 Nr.1 Alt. 2 bzw. Nr. 2 KO, insbesondere die Kenntnis des Gläubigers vom Eintritt der Krise, vorliegen, um nicht einen Ausverkauf der Masse zum Nachteil der ungesicherten Gläubiger zu begünstigen.

D. Anwartschaftsrecht und Erwerbsaussicht

1. Die Untersuchung hat ergeben, daß die Interessen der Beteiligten und die rechtstechnische Ausgestaltung der Rechtspositionen des pfandgesicherten Gläubigers einer bedingten Forderung die Annahme einer dem vollwertigen Pfandrecht weitgehend angenäherten Rechtsstellung gebieten. Nur der (Rechts-) Bedingungseintritt trennt diesen Gläubiger noch vom vollwertigen Pfandrecht.

Die rechtsgewährende Aktivseite vermag den künftigen Rechtserwerb nicht mehr einseitig zu verhindern; gegen abweichende Verfügungen des Verpfänders ist der künftige Pfandgläubiger über § 161 analog, gegen forderungsvermittelnde Rechtshandlungen des künftigen Schuldners durch den forderungsbegründenden, bindenden Tatbestand geschützt. Er kann sich als Inhaber eines absoluten Besitzrechts umfassend gegen Beeinträchtigungen seiner Erwerbsaussicht verteidigen. Seine Rechtsposition setzt sich schließlich auch im Konkurs des Pfandeigentümers durch.

Eine derart gesicherte Rechtsstellung entspricht der in Lehre und Rechtsprechung weithin anerkannten Rechtsfigur des "Anwartschaftsrechts" als einem zwischen Nichtrecht und Vollrecht angesiedelten "wesensgleichen Minus"¹ gegenüber dem letzteren.

2. Dabei gibt es zwar einen Einheitstyp des Anwartschaftsrechts, wie Raiser² ausführlich dargelegt hat, nicht.³ Gemeinsam ist aber allen typischen⁴ Anwartschaften, daß es sich jeweils um mehr oder weniger gesicherte Aussichten auf den Erwerb eines subjektiven Rechts⁵ handelt, wobei der Erwerbstatbestand schon teils verwirklicht ist und "seine Vollendung mit einiger Wahrscheinlichkeit erwar-

1 so die Definition in der Rechtsprechung des BGH, vgl. zum Beispiel BGHZ 28,16,21,23

2 in Anwartschaften, S. 7ff.

3 so auch Larenz, AT, § 13 II, S. 196

4 vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, § 20 I

5 so die Definition von Raiser, Anwartschaften, S. 3

tet werden kann."¹ Anwartschaften gibt es im schuldrechtlichen wie sachenrechtlichen Bereich.² Ob es sich bei der konkret festzustellenden Anwartschaft um ein absolutes oder relatives Recht handelt, entscheidet der Charakter des Hauptrechts.³ Als dingliches Recht kann die Anwartschaft überhaupt nur dann aufgefaßt werden, wenn sie sich auf den Erwerb eines solchen Rechts bezieht.⁴

Von einem Anwartschaftsrecht wird allgemein erst dann gesprochen, wenn die Erwerbsaussicht "einen solchen Grad von Festigkeit erlangt hat, daß sie im Verkehr als eine bereits gegenwärtige Vermögensposition angesehen wird und daher das Bedürfnis hervortritt, sie wie ein subjektives Recht zu übertragen, zu verpfänden und zu pfänden"⁵.

Wie Raiser hervorhebt, genügt für die Annahme eines Anwartschaftsrechts nicht allein die Gebundenheit des bisherigen Rechtsinhabers oder des Gegenstandes, auf dessen Erwerb sich die Anwartschaft bezieht, sondern es muß darüberhinaus dem Anwärter eine "selbständige, in seinen Willen gestellte Rechtsmacht zum Schutz seiner Interessen verliehen"⁶ sein.

Das ist der Fall, wenn der Veräußerer oder Besteller eines Rechts dessen Entstehung in der Person des Erwerbers nicht mehr einseitig zu verhindern vermag.⁷ Der Anwärter muß insofern gegen abweichende Verfügungen des bisherigen Rechtsinhabers geschützt sein, also "Sukzessionsschutz"⁸ genießen.⁹ Darüberhinaus muß er sich gegen Beeinträchtigung

1 vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, Rdnr. 457
Larenz, AT, § 13 II, S. 146

2 Pikart, Rechtsprechung, S. 1230

3 Staudinger/Dilcher, Vorbem. Rdnr. 52 zu §§ 158 ff.

4 Georgiades, Eigentumsanwartschaft, S. 105

5 Larenz, AT, § 13 II

6 Anwartschaften, S. 10

7 so BGH NJW 1982, 1639, 1640; früher schon BGH NJW 1955, 544; BGHZ 83, 399 ff; Raiser Anwartschaften, S. 43

8 Raiser, Anwartschaften, S. 33 und S. 43; Canaris, Verdinglichung, S. 373

9 durchbrochen von den Regeln des Gutglaubensschutzes.

gungen durch Dritte in rechtlich wirkungsvoller Weise zur Wehr setzen können¹ und im Insolvenzfall gesichert sein.² Eine wesentliche Bedeutung für die Sicherheit der Anwärterstellung nimmt der berechtigte Besitz der Sache ein, an der das künftige Vollrecht entstehen soll³, da er dem künftig Berechtigten die Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache und damit in jedem Falle Abwehransprüche gegen Dritte gemäß §§ 861, 862 und aus unerlaubter Handlung gewährt.⁴

Alle genannten "Merkmale"⁵ weist nach den bisherigen Erörterungen die Rechtsstellung des pfandgesicherten Gläubigers einer bedingten Forderung auf. Nach der klassischen Lehre hätte demnach dieser Gläubiger bis zur Entstehung der gesicherten Forderung ab dem Zeitpunkt der Sachverpfändung ein Anwartschaftsrecht⁶ inne. Einer Erweiterung der bisher anerkannten Anwartschaftsrechte um die hier vertretene "Pfandrechtsanwartschaft" steht nach Ansicht Raisers nichts im Wege; er meint: "Neue Fälle ähnlicher Art bleiben jederzeit möglich."⁷

3. Der pfandgesicherte Gläubiger einer künftigen Forderung dagegen verfügt weder über eine gegenwärtig schutzwürdige bzw. rechtlich geschützte Vermögensposition, noch über eine den Besitz übersteigende Rechtsmacht am spezifisch pfandrechtlich zu erfassenden Wert des Pfandgegenstandes. Der Erwerb des künftigen

- 1 Raiser, Anwartschaften, S. 44; Canaris, Verdinglichung, S. 373;
- 2 Raiser, Anwartschaften, S. 87 ff.; Canaris, Verdinglichung, S. 374; vgl. dazu die Kritik am Beispiel von Medicus, oben S. 120, im Zusammenhang.
- 3 Raiser, Anwartschaften, S. 60/61; Canaris, Verdinglichung, S. 380
- 4 vgl. zum Schutz des (berechtigten) Besitzes Palandt/Thomas, Anm. 6 b zu § 823, der insoweit die herrschende Meinung wiedergibt.
- 5 es soll ausdrücklich auf die Einteilung in "Voraussetzungen" und "Rechtsfolgen" eines Anwartschaftsrechtes verzichtet werden, um nicht dem Zirkelschluß eines Beweises mit dem "thema probandum" zu erliegen, vgl. Lempenau, Direkterwerb, S. 91, und oben Fn. 2.
- 6 schon Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, S. 94 gibt diesem Gläubiger ein Anwartschaftsrecht.
- 7 Anwartschaften, S. 19

Pfandrechts ist von der Aktivseite infolge des Fehlens der Doppelbindung¹ ohne weiteres zu verhindern. Das auf dem Verpfändungsakt als gewollte Besitzübertragung beruhende Besitzrecht wirkt nicht absolut; der Eigentümer, der nicht Partei des Verpfändungsvertrages ist, kann durch sein Herausgabeverlangen jede Chance des künftigen (Pfand-) Gläubigers auf Rechtserwerb vernichten. Diese Rechtsposition des pfandgesicherten Gläubigers einer nur künftigen Forderung geht über eine bloße Erwerbsaussicht nicht hinaus.

1 vgl. dazu oben S. 74

E. Zusammenfassung

Der besseren Übersichtlichkeit halber seien die Ergebnisse dieser Untersuchung kurz zusammengefaßt:

1. Das Pfandrecht an Fahrnis für eine künftige oder eine bedingte Forderung, § 120⁴ II BGB, ist rechtlich bedingt durch das Entstehen der gesicherten Forderung. Es wird erst mit deren Entstehung zu einem vollwirksamen Pfandrecht.
 2. Sichert die Bestellung des Pfandrechts
 - a) eine geschäftlich oder rechtlich aufschiebend bedingte Forderung, erlangt der künftige Pfandgläubiger mit der Verpfändung ein Anwartschaftsrecht auf das künftige Vollrecht.
 - b) eine künftige Forderung, deren Begründungstatbestand im Zeitpunkt der dinglichen Rechtsbestellung noch nicht gelegt ist, erlangt der künftige Pfandgläubiger mit der Verpfändung eine bloße Erwerbsaussicht auf das künftige Vollrecht.
 3. Das künftige Pfandrecht für eine bedingte Forderung (Anwartschaftsrecht) ist konkursfest, das künftige Pfandrecht für eine künftige Forderung (Erwerbsaussicht) dagegen nicht.
 4. Der Erwerb des Pfandrechts für eine bedingte Forderung in den Krisenzeiten des § 30 KO ist nicht anfechtbar; der Erwerb des Pfandrechts für eine künftige Forderung ist anfechtbar.
 5. Bei der Hypothek für künftige oder bedingte Schuld, § 1113 II BGB, gelten insoweit die gleichen Erwägungen.
-

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 7. Mai 1956 als erster Sohn der Eheleute Mathias und Wilma Rüll, geborene Hannes in München - Pasing geboren.

Nach meiner Volksschulzeit von 1962 bis 1966 in Gräfelfing bei München trat ich in das dortige Kurt - Huber - Gymnasium über, an dem ich im Jahre 1976 das Abitur ablegte.

Im Wintersemester 1976 begann ich an der Ludwig - Maximilians - Universität in München das Studium der Rechtswissenschaft, das ich - nach einer Unterbrechung durch den Grundwehrdienst - mit dem Ersten Juristischen Staatsexamen im Herbst 1982 in München beendete.

Seit März 1983 bin ich als Rechtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk München bzw. Regierungsbezirk Oberbayern tätig.

